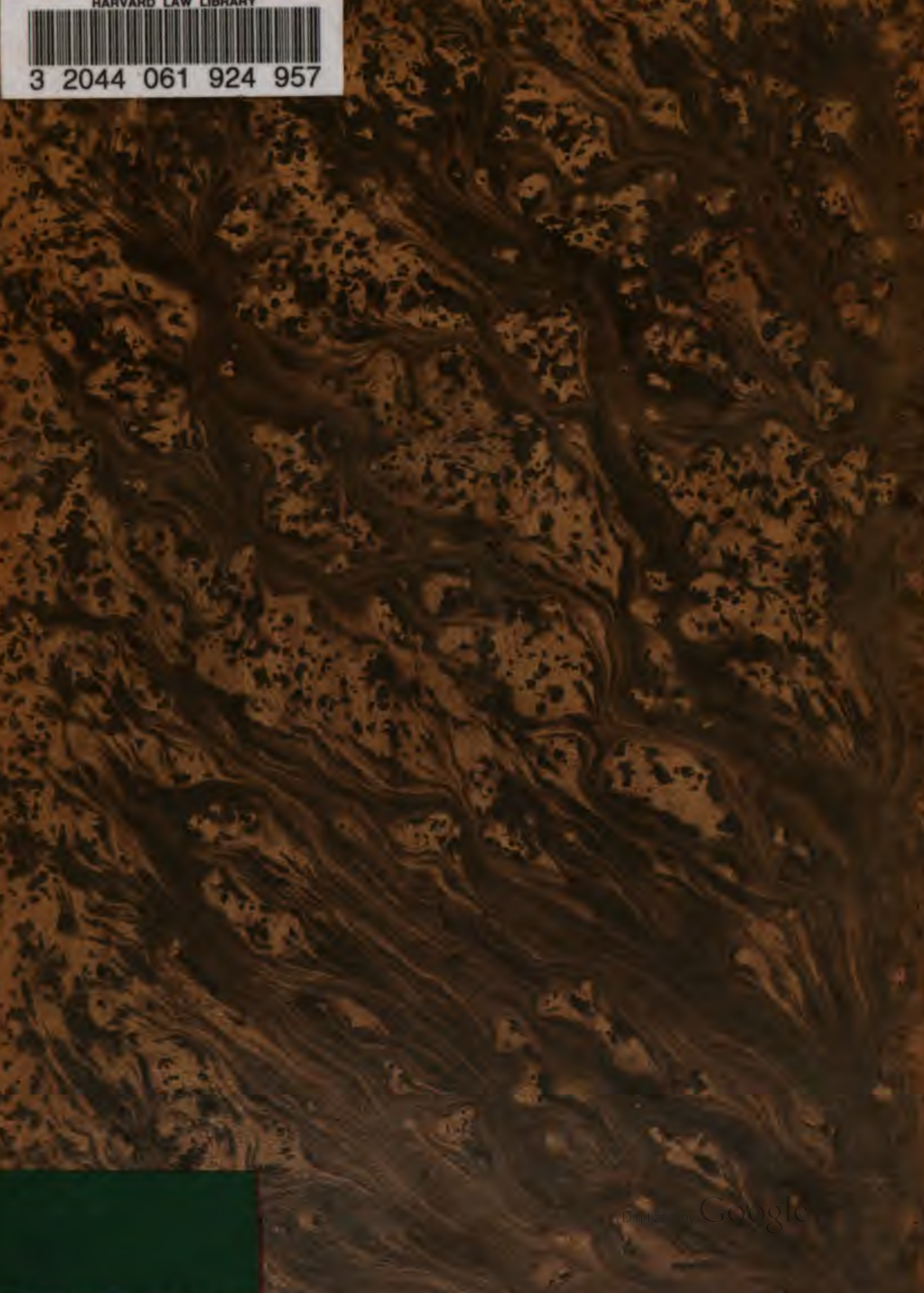
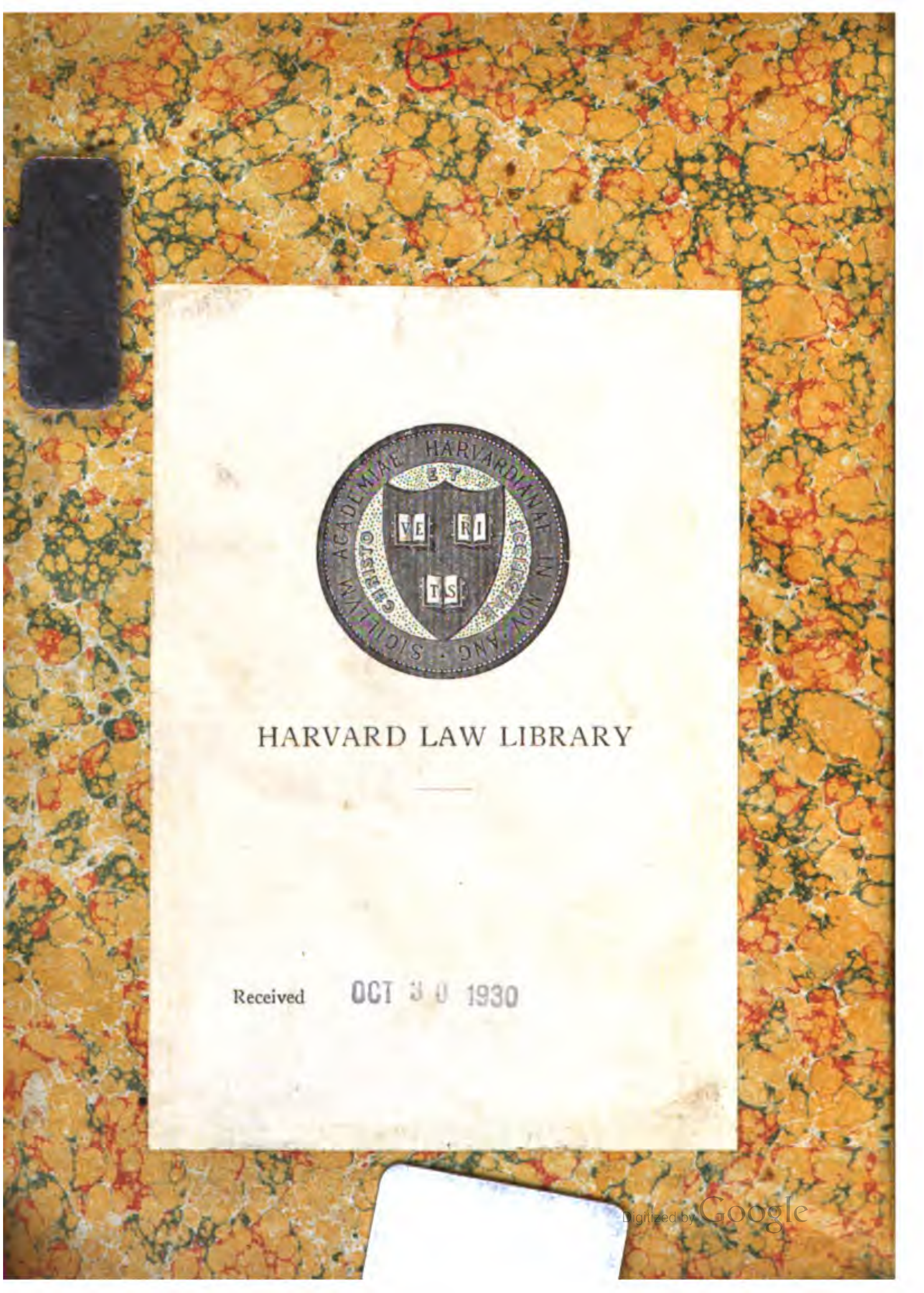
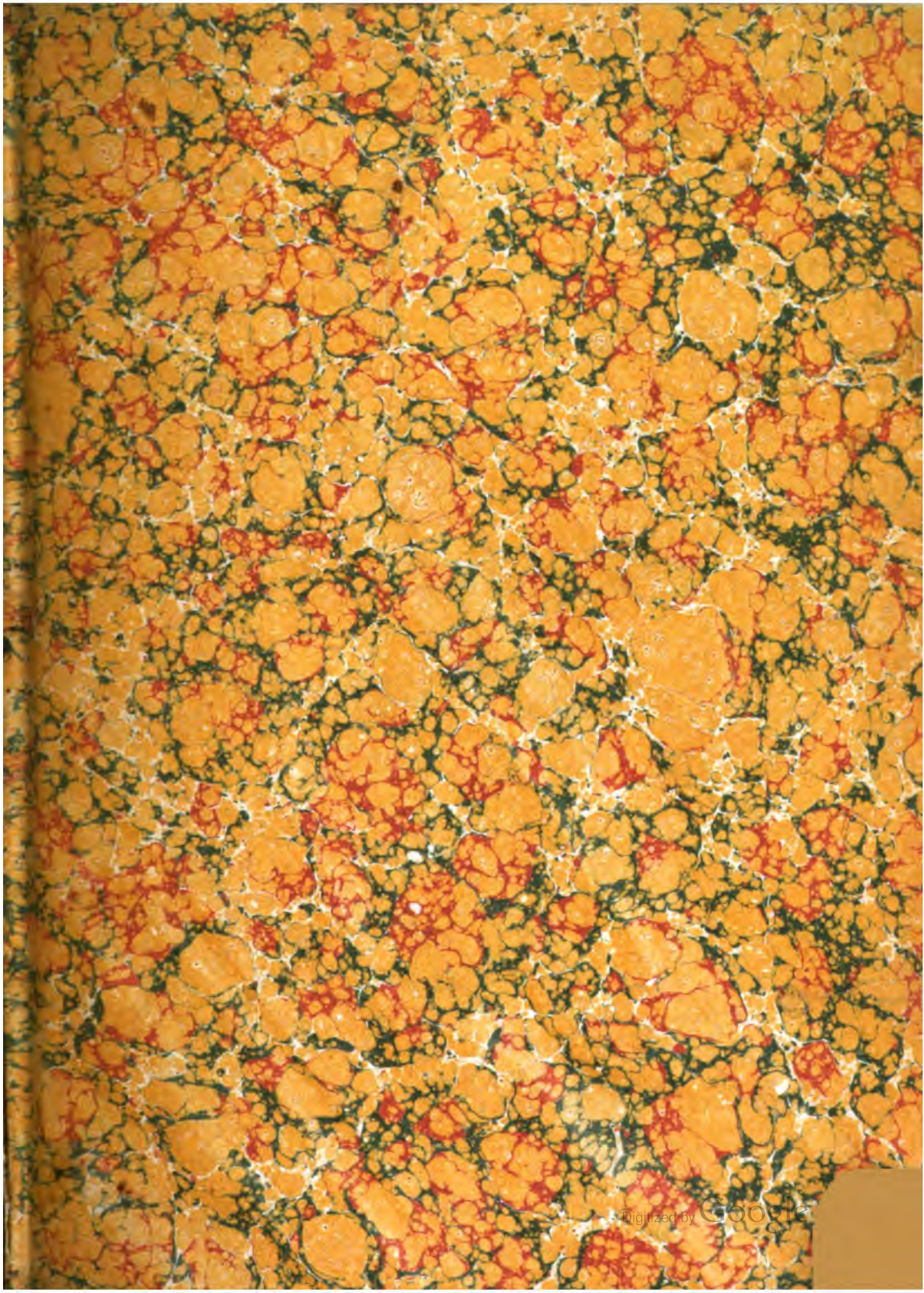

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 924 957
Digitized by Google


VE
RI
TAS
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDINAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE



SPAIN

# CÓDIGOS

ó

# ESTUDIOS FUNDAMENTALES

SOBRE

# EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

# CODIGOS

ó

# ESTUDIOS FUNDAMENTALES

SOBRE

# EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

## TRATADO DE LAS OBLIGACIONES,


POR EL DOCTOR

**D. BENITO GUTIERREZ FERNANDEZ,**

CATEDRATICO DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL Y ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ESTA CORTE.


SEGUNDA EDICION.

## TOMO CUARTO.


MADRID, 1871.

Librería de SANCHEZ, calle de Carretas, núm. 21.

MADRID: 1871.

IMPRENTA DE LA SRA. V. É HIJAS DE D. ANTONIO PEÑUELAS,
(*A cargo de J. Castiñeiras.*)
Calle de Calatrava, número 8.

# ADVERTENCIA.

No habiendo comprendido las reformas verificadas en la legislacion civil la parte de contratos, damos á luz esta edicion sin notables alteraciones. No por eso hemos dejado de introducir en ella las posibles mejoras. En la parte doctrinal dos cosas hemos hecho para obtener este resultado: primera, reunir y combinar las resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia con solícito esmero, como merece esta fuente de la jurisprudencia: segunda, analizar los títulos reformados de la Ley Hipotecaria, pues aunque presentamos y comparamos, dichas reformas en la anterior edicion, no pudimos estudiarlas cuando estaban en proyecto tan detenidamente como hemos debido hacerlo despues que el proyecto se ha convertido en ley. En la parte espositiva hemos salvado alguna equivocacion material de palabras, mas fácil de advertir que de evitar en una obra de continuas citas y remisiones. Si aun con este trabajo no hemos conseguido que desaparezcan muchas fáltas, esperamos que las supla la benevolencia del público.

# PRÓLOGO.

Cumplimos la palabra solemnemente empeñada en el prefacio del Exámen histórico del Derecho penal, publicando el Tratado de obligaciones. No quiera Dios que defraudemos las esperanzas de tantos lectores como nos habian manifestado deseos de que completaramos la obra de Códigos. Si tal sucede culpa será de nuestra impericia, no de falta de celo.

Para no decaer en un trabajo de tan grande interés, ya que no de la misma novedad, pues la legislacion sobre contratos es mas uniforme, hemos procurado arrancar á los Códigos el secreto de sus leyes haciendo preceder á nuestras investigaciones la antorcha de la historia y de la filosofía.

La contratacion es la rama sin disputa mas científica del derecho civil: ahora bien, nos ha parecido que á una parte esencialmente técnica debiamos darla por base un derecho que es como la síntesis de la cultura jurídica, el derecho romano. A los que consideren escesiva la intervencion de este precedente, si alguno fuere capaz de participar de esta creencia, les recordaremos algunas de las reflexiones por las que demuestra M. Blondeau su utilidad práctica. Si las Colecciones, dice, de Justiniano mereciesen el nombre de Código tendrian la misma ó menor autoridad que los modernos. Pero esas colecciones son menos que leyes, aplicaciones hechas por los jurisconsultos ó por los magistrados, de las leyes promulgadas en tiempo de la república ó bajo los primeros emperadores; y sabido es que los ju-

risconsultos, cuyas decisiones ha conservado Justiniano, se distinguen por una doctrina profunda y por una escelente lógica. Como disposiciones análogas han de producir necesariamente las mismas dificultades, la esperiencia de tan sábios jurisconsultos ilustrará á los actuales en la aplicacion de las leyes (*Chrestomathie ou choix de textes*).

Respecto al derecho pátrio hemos procedido con el mismo método distinguiendo tambien el aspecto histórico y el aspecto crítico de la contratacion. Cuando el estudio de algun contrato lo ha exigido hemos acudido á los Fueros generales, cuyos monumentos legislativos, sin embargo de que no son un modelo, contienen acertadas disposiciones como era de esperar tratándose de una materia que toca en los confines de la justicia universal.

Lo que no ha podido menos de sorprendernos es el silencio de la legislacion foral; por lo mismo que estos fueros acometian una empresa de reorganizacion social, parece que no debieron olvidar los contratos; sí, los contratos inventados para subvenir á las necesidades de la vida, por cuyo medio se ponen en contacto los pueblos y establecen las familias relaciones de paz y de fraternidad. A fin de llenar este vacío no de pocos años, si no dolorosamente de siglos, no nos quedaba otro recurso que acudir á los documentos; y aunque por falta de auxilios, el Tratado es en esta parte menos ámplio en noticias, las citas que hacemos tomadas de los archivos y mas especialmente de las colecciones sacadas á luz por la Academia de la Historia, bastan para dar idea aproximada de la contratacion de nuestros antepasados.

El código que abraza la parte crítica, y en el que hemos sentado nuestra planta, si se nos permite la comparacion, como punto elevado, desde el cual tras de penoso viaje descubre un viajero vastos horizontes, es el Código de las Partidas. ¡Lástima no conocer pormenores sobre las escuelas de derecho de la España de D. Alonso el Sábio! ¡Grande debió ser su cultura para haber logrado encender tan luminoso faro en medio de una noche de tinieblas!

¿Será malo ese libro por el acierto con que ha interpretado las leyes romanas? Antes de su época y aun despues ¿hay muchos que puedan comparársele? La influencia de sus doctrinas ha sobrevivido á la injuria de los tiempos: el Código Alfonsino ha impreso en las ideas cierta direccion de la que podemos desviarnos, nunca separarnos por completo. Esto no es recomendar que permanezcamos estacionados, por demás será advertir que con igual esmero que hemos buscado las fuentes hemos seguido el curso de las ideas, que por admirar lo antiguo no hemos descuidado lo moderno, que al lado de los defectos hemos procurado hacer sentir la necesidad de las reformas.

De los códigos estranjeros, así como del Proyecto del español solo hemos hecho uso en cuanto nos ha parecido preciso para ilustrar algun asunto ó fijar alguna doctrina. Si hubiera sido nuestro ánimo estudiarlos, no habriamos omitido varios que obtienen justa reputacion, pero la obra es de derecho civil, no de legislacion comparada.

En el derecho, donde por vagar á sus anchuras, se estravia tantas veces el espíritu particular, la jurisprudencia cumple un alta mision. Nosotros hemos tenido tanto mayor placer en consultar este oráculo de las leyes, cuanto que reuniendo á las opiniones de la escuela las decisiones del foro, hemos creido rendir un homenaje de respeto á la autoridad científica.

Con tan diversos elementos habian necesariamente de crecer las proporciones de la obra: pero nadie podrá decir que peque de estensa, si se pára á reflexionar el número de sus leyes, leyes originales cuyo comentario dá la clave para resolver las principales cuestiones.

En fin, tal cual es, tenemos la honra de ofrecerla al público, sin esquivar su juicio, aunque preferimos recomendarnos á su benevolencia. Un nuevo favor, si de él nos considera dignos, nos animará tal vez para emprender otros trabajos.

# TITULO PRELIMINAR.

## DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES EN GENERAL.

### § INICIAL.

*Razon de método.*

Todas las relaciones jurídicas (hablamos en la esfera de la ley civil) reconocen dos orígenes: la familia, causa del *jus personarum* que regula nuestra capacidad, y la propiedad, que da vida á otros dos derechos: el que tenemos en la cosa sin intermedio de ninguna persona, derecho absoluto que llamamos real; y el que adquirimos por el título de obligacion mediatamente de una persona, derecho relativo, que llamamos personal.

La actividad del hombre ha multiplicado las relaciones para satisfacer sus muchas necesidades; y es sobremanera estraño ver estatuida una ley que, dejándonos árbitros para disponer de los bienes con la prodigalidad á que nos inclina el deseo de ser libres y de ser felices, ha sabido afirmar la fé de nuestros compromisos con el sello de la obligacion, y hacer respetable una palabra con la garantía del contrato: semejante ley es la Romana.

La crítica moderna, poco dispuesta á transigir con la autoridad, ha protestado ¡cosa natural! contra la autoridad de esa ley. Mirabeau ha escrito: «tal vez es ya tiempo que despues de haber sido sojuzgados por las leyes romanas, las sometamos á nuestra razon, y que despues de haber sido sus esclavos, seamos sus jueces: acaso es ya tiempo de que los franceses hayan

dejado de ser alumnos de la antigua como de la moderna Roma; que tengan leyes civiles hechas por ellos, como tienen leyes políticas que les son propias.»

Lerminier, en un recuerdo histórico sobre la contratacion de la Instituta, y de las Pandectas dice: Pothier en su escelente *Tratado de las obligaciones* ha dado método, pero no forma á esa herencia histórica. Los redactores del Código civil han entresacado las conclusiones de Pothier, y no siempre tratado la materia con independencia filosófica, única que podia ilustrarla. Así es que han repetido todo ese galimatías astruso de obligaciones divisibles é indivisibles, permitiendo á la ley degenerar bajo su mano en una doctrina prolija y escolástica.

Nosotros no podiamos formar tan desfavorable juicio de aquel derecho previsor y armónico que despues de haber ilustrado nuestra voluntad, ha encontrado el medio de traducir en la ley sus manifestaciones.

## SECCION I.

### DE LAS OBLIGACIONES.

### § I.

### *De la obligacion y sus especies.*

#### Articulo 1.°

*¿Qué es obligacion?*

Esta palabra obligacion «*quiere tanto decir como ligamento que es fecho segun ley é segun natura..... El que la face finca obligado por ella, de guisa que maguer el non la quiera cumplir, lo puedan apremiar por ella é facergela cumplir*. (Ley 5.ª, título XII, Partida V.)

No prestan materia para la comparacion los antiguos Fue-

ros, cuyos autores cuidaron mas de ordenar una buena ley que de desarrollar su parte científica.

La ley de Partida calcada sobre el derecho romano es el modelo que nos servirá de guia para estos estudios.

Fuentes: el tít. XIV de la Instituta, varios del Digesto, singularmente el lib. XLIV, tít. VII; y el IV, tít. X, lib. IV del Cód. y la Part. V.

La teoría de los contratos halló una espresion enérgica en el siguiente axioma de las Doce Tablas. *Cum nexum mancipiumve faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* El nexo producia el lazo de union entre los contratantes sin trasmitir la propiedad del objeto, pues la trasmision tenia lugar por el *mancipium.*

Esta forma adecuada á un derecho compuesto de símbolos y de misterios, produjo en la historia las diferentes clases de contratos, y aunque relegada al olvido en la época del Bajo imperio, todavía se refleja en la siguiente definicion de Justiniano: *juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura* (Inst. § in., tít. XIII, lib. III).

No es objeto de obligacion, en la acepcion jurídica, el cumplimiento de deberes que uno tiene consigo mismo. Esa palabra denota la relacion que hay entre dos personas, de las cuales se llama acreedor aquel á quien compete el derecho, y deudor el que debe tolerar su ejecucion; á cuya idea responde perfectamente el fragmento 3.°, Dig. de *oblig.* que puede servir de paráfrasis de la anterior definicion: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

Aunque esta definicion ha sido muy criticada, nos parecen poco graves los reparos que se le oponen. La palabra *vinculum*, *ligamento*, está usada en sentido metafórico, y difícilmente podria reemplazarse por otra: la mas aceptable, que seria la de *deber*, sobre contraponerse á la de *derecho*, comprende no solo las obligaciones perfectas, únicas de que nos ocupamos, sino aun las imperfectas, tales, por ejemplo, como los actos de reconocimiento, beneficencia, etc. Para mantener la definicion, bastará que se diga en lugar de vínculo de derecho, relacion

de derecho ú otra cosa que sin alterar el pensamiento, le depure de la fuerza material que supone el vínculo.

El deber produce una necesidad moral, pues toda obligacion consiste en que no pagando el deudor aquello á que se ha obligado, pueda ser compelido al pago aun contra su voluntad: *jure judiitioque experiri cum eo nomine liceat invitumque ad solutionem compellere.* Vinio.

En relacion con el fin, la obligacion ha de tener uno de estos tres objetos; dar ó trasmitir la propiedad, hacer alguna cosa, y mas genéricamente, prestar, aludiendo á cualquier beneficio que el deudor tenga que procurar al acreedor.

A la cláusula, *secundum civitatis nostræ jura,* sustituyó D. Alfonso *segun ley é segun natura*, en lo cual no pudo estar mas acertado, pues no hay verdadera obligacion si no está arreglada á la ley y á la naturaleza.

Semejante obligacion garantida por la doble sancion de la equidad y del derecho es la que se llama mista en contraposicion á la natural, que solo tiene su apoyo en la equidad, y la civil, que funda su razon de ser en el derecho civil ó positivo.

ARTICULO 2.°

*¿Qué es obligacion natural?*

La propia ley de Partida á que venimos refiriéndonos continúa: *la segunda manera de obligacion es natural tan solamente. Esta es de tal natura que el ome que la face, es tenudo de la cumplir naturalmente, como quier que non le pueden apremiar en juicio que la cumpla. Esto seria como si algun siervo prometiere á otro de dar ó de facer alguna cosa, ca, como quier que non le pueden apremiar por juicio que lo cumpla, porque non ha persona para estar en juicio: con todo eso, tenudo es naturalmente de cumplir por sí lo que prometió, por cuanto es ome.*

Ley 6.ª, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo: *justicia é honestidad manda que lo que facen los siervos sin mandado de sus senno-*

*res, ó lo que prometen por escripto ó por testimonios, non debe valer.*

Justiniano sin atender mas que á su procedencia dividió las obligaciones en civiles y pretorías; la jurisprudencia, buscando su fundamento en el derecho de gentes ó en la razon natural, hizo reconocer ciertas obligaciones que no se hallan confirmadas ni en el derecho civil, ni en el pretorio á las que se da el nombre de naturales.

Aunque por el orígen podria venirse en conocimiento de su naturaleza, debemos recordar algunas teorías sobre esta especie de obligacion. Vinio la define *«naturæ et æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sio actio jure civili.»*

Por derecho natural no se entiende segun la clasificacion romana, el que es comun al hombre con toda la naturaleza, sino el propio de su especie y que está dictado por la recta razon, *quæ sola quod æquum est dictat*. Su vínculo es moral como la causa que le produce, por lo cual esta obligacion liga las conciencias de los hombres, aunque en el foro esterno y por derecho civil carezca de la eficacia necesaria para producir accion y escepcion.

Los romanos digeron que esta obligacion podia reconocer tres causas: 1.ª la naturaleza de la convencion; ó sea, un defecto de forma; 2.ª la cualidad de la persona, ó sea un defecto de capacidad; y 3.ª la condicion de la persona y el negocio, suponiendo que este hubiere sido objeto de especial prohibicion.

La convencion ajustada en forma de pacto nudo, cuando fuera necesaria estipulacion, producia obligacion natural. Algunos niegan este aserto fundados en que cuando la ley ha señalado forma especial ó determinada á las convenciones, los que se apartan de ella manifiestan no tener ánimo sério de obligarse; pero como observa Savigni aquí se cambia la cuestion, llevándola al terreno de puro hecho. Suponiendo bien celebrado el pacto, aunque por imposibilidad ú otra causa no se hubiera celebrado la estipulacion ¿quién duda que produciria obligacion natural? La libre voluntad del deudor existe evidente-

mente, lo cual basta para que se produzca una obligacion natural, no obstante la ausencia de la forma arbitraria de la estipulacion que es completamente estraña al derecho de gentes. En el mismo sentido se han esplicado los mas célebres jurisconsultos romanos. *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet*, CUJUS FIDEM SECUTI SUMUS, 84, § 1.° de *Reg. jur. Hujus edicti æquitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* (Lib. 2, pr. de *pactis*.)

Esta cuestion entre nosotros ha perdido su importancia por la ley del Ordenamiento 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec. que declara válida la obligacion en *cualquier* manera que parezca que uno ha querido obligarse: en cuya virtud el art. 974 del Proyecto de Código preceptúa: todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado. Sin embargo; el pago de una manda dejada en un testamento imperfecto y la falta de insinuacion en ciertas donaciones dan idea de lo que es obligacion natural por falta de forma; remitiéndonos sobre este punto al comentario de Goyena al art. 1025 del Proyecto.

Por la cualidad de los contrayentes son naturales las obligaciones celebradas por personas que, aunque capaces de conocimiento, no están en el pleno goce de su derecho, ó tienen prohibicion por la ley.

Si la incapacidad fuere natural, la obligacion no existiria, pero como tiene ó suponemos que tiene nacimiento en la ley civil, por eso se halla circunscrita á esta esfera su prohibicion. Haremos aplicacion de esta regla á varios casos citados por los autores. Uno de ellos el de la ley de Partida puesta por epígrafe; cuando el siervo promete dar ó hacer alguna cosa (no importa que no exista la esclavitud para comprender este caso). El amo puede llegar á ser deudor de un esclavo y vice-versa; mas por las relaciones que entre ellos existen, no pueden contraer obligaciones civilmente válidas, aunque sean exigibles en la esfera de la equidad: *libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est.* (Ley 64, de *cond. ind.*, 12-6).

Al mismo principio obedecen las relaciones jurídicas entre el padre y el hijo; la obligacion que contraigan carece de

accion: solo vale como obligacion natural. *Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio* (L. 4, de jud., 5-1).

Otro ejemplo; el del pródigo, ó el que sufre la interdiccion de sus bienes. En opinion de algun espositor de derecho romano, la obligacion contraida por un pródigo, debia de ser completamente nula, porque no hay obligacion posible entre personas que contraen resistiendo abiertamente á la ley. Viene en apoyo de esta opinion el Fragmento 6 de *verb. oblig.*, que dice: *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* El pródigo está en efecto equiparado al loco; ¿pero por ventura es igual su incapacidad? Tanto no lo es que la ley citada del Digesto se contradice comparando el pródigo al furioso, y concediéndole, sin embargo, que pueda adquirir ó mejorar su condicion por contratos. El pródigo se halla cuando menos en el caso de un menor de edad, y como éste ha de poder obligarse naturalmente.

Respecto del pupilo que contrata sin la intervencion de su tutor, tenemos alguna observacion que hacer. Los jurisconsultos romanos no lograron ponerse de acuerdo acerca de este caso, entregando viva esta cuestion á la sutileza de los glosistas y comentadores. Hay que disculparlos, porque la falta de un principio constante en órden á la autoridad de la tutela, debia producir estas dificultades. Para obviar tales dudas lo único que podemos decir es que si bien con arreglo á aquel derecho el pupilo podia hacer mejor su condicion sin la autoridad del tutor: *placuit meliorem conditionem suam licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore:* la obligacion que celebrase en provecho propio ó promoviendo sus intereses era civil; cualquiera otra de éxito dudoso ó contrario era natural: y la razon es sencilla: ¿qué fundamento tiene la tutela si se ha introducido en beneficio del pupilo y para suplir su capacidad? ¿Quién mide los grados de su esperiencia y de su capacidad? Savigni hace la siguiente reflexion: segun el derecho de gentes esta incapacidad no depende sino

de las facultades personales del individuo. Si tiene conocimieno de la naturaleza de la relacion del derecho y del acto que le hace, se constituye deudor, y la fijacion de un límite de edad que tiene siempre una naturaleza esencialmente positiva, no puede servir de base para ninguna distincion. Esta regla ha sido esplícitamente reconocida y consagrada en derecho criminal: *si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est datur actio in eum, et si dolus non intervenit* (Ley 1, § 15, *dep.* 16-3).

Ajustándonos á la distincion romana podemos citar como ejemplo de obligaciones naturales por razon de la persona y del negocio: el préstamo mútuo del hijo de familias y la fianza de la mujer casada. La obligacion natural reconocia en estos casos una causa doble, porque á la incapacidad consiguiente á estas personas por la dependencia en que vivian de su padre ó de su marido, se unia en Roma una prohibicion especial: la de los senado-consultos Macedoniano y Veleyano.

A ninguno de estos precedentes podemos hacer aquí alusion, porque tendrán su desenvolvimiento en lugar oportuno. Ello es innegable que tales prohibiciones fundadas en un motivo de conveniencia en una causa civil, dejan subsistente la obligacion natural. La situacion del hijo de familia y de la mujer casada, aunque sea de dependencia, no estingue la capacidad de derechos que les corresponden por derecho natural, lo cual basta para que su obligacion, aunque sea nula por derecho positivo, sea válida por derecho natural.

Algunos intérpretes refieren á esta clase los actos de una persona que procede movida por sentimiento de piedad, mas su doctrina no es admisible, porque semejante obligacion, si existe, es imperfecta y la natural puede producir efectos jurídicos.

### ARTÍCULO 3.°

*Efectos de las obligaciones meramente naturales.*

Despues de haber esplicado la naturaleza de las obligaciones meramente naturales parece paradoja tratar de sus efectos; pero no hay en esto contradiccion. Algunas de estas obligaciones carecen por completo de efectos jurídicos; otras producen algunos: *naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes.* Entran en el primer grupo las que van á continuacion: 1.ª La obligacion de mostrarse agradecido á los favores; *alia est debitio gratiæ, alia pecuniæ* (Cic. *pro Planc.*, cap. 28): *neque convenit beneficia fænerari, aut in calendario scribere.* 2.ª La del que prometió dar alguna cosa al que sufriese la interdiccion por prodigalidad; pues el promitente podria volverse atrás: *quasi negotium nullum gestum.* 3.ª La del que transigió sobre alimentos dejados en testamento ó en codicilo: *si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit, apparet posse repeti, quod datum est, quia transactio senatus-consulto infirmatur* (Ley 23, § 2.°, tít. VI, lib. XII, Dig.). Y 4.ª La de la mujer que intervino ó tomó sobre sí la obligacion de otro (Ley 61 de Toro).

Al otro corresponden las que siguen: 1.ª Producen escepcion..... *igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (ley 7.ª, § 4.°, Dig. de *pactis*): no producen obligacion á lo que se refiere Vinio cuando dice que producen los mismos efectos que las civiles: *dempto uno: si unam dempserit actionem.* 2.ª Admiten compensacion *etiam quod natura debetur, venit in compensationem* (ley 6.ª, Dig. de *Comp.*). El principio de la compensacion tiene por base la simple equidad, el *jus gentium*: natural es que esta operacion comprenda lo mismo las obligaciones civiles que las naturales, puesto que su aplicacion, ó sea, el ejercicio de este recurso tampoco demanda una accion, porque existe como defensa ó sea como escepcion: 3.ª Son susceptibles de promesa de pago: *debitum autem vel natura sufficit* (ley 1.ª, §. 7.°, Dig. de *pec. cons.*). Toda

deuda desprovista por sí misma de accion, puede trasformarse en una obligacion civil por medio de un simple constituto, es decir, por medio de un pacto repetido (Savigni, 64-1). 4.ª Pueden mudarse en otras: *Illud non interest, qualis processit obligatio: utrum naturalis, an civilis, an honoraria..... qualiscumque igitur obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest* (Ley 1.ª, §. 1.ª, Dig. de *Nov.*). 5.ª Son susceptibles de toda especie de caucion: *omni obligationi fidejussor accedere potest* (Ley 1.ª, D. de *fide jus.*). *Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione..... vel pro civili, vel pro honoraria, vel tantum naturali.—Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare consistit* (5 y 14, § I, Dig. de *pig.*).

La ley de Partida, 5.ª, tít. XII, dice tambien: *fiadores pueden ser dados sobre todas aquellas cosas ó pleitos, á que ome se puede obligar. E decimos que son dos maneras de obligaciones..... civil y natural.* 6.ª Lo satisfecho en virtud de ellas no puede repetirse por la *condictio indebiti*. Varias leyes, así del derecho romano como del patrio, señalan este efecto, que se presenta como el distintivo de la obligacion natural. Aparte las muchas comprendidas en el correspondiente título del Digesto que por referirse á diverso órden de ideas, no podemos desenvolver, existen las leyes 16, tít. XI, Part. 3.ª; 35, tít. XII, y 33, tít. XIV, Part. 5.ª

### Artículo 4.º

*¿Qué es obligacion meramente civil?*

Los autores la definen: aquella que si bien recibe de la ley civil fuerza obligatoria es esta tan débil que con facilidad puede deshacerse el vínculo que liga á la persona á su cumplimiento.

No damos una definicion legal, porque no existe. Las leyes han previsto que la fuerza ó el miedo pueden dar vida á ciertos contratos, pero lejos de tener por válida esta obligacion, aunque revestida del aspecto de legalidad, la declaran nula, como acerca de un contrato particular dispone la ley 56, tít. V, Part. 5.ª que sirve de regla para todos.

*Por miedo ó por fuerza comprando ó vendiendo algun ome alguna cosa, non debe valer: ante decimos que debe ser desfecha la compra, si fuer probado que la fuerza ó el miedo fué atal, que lo ovo de facer maguer le pesase.....*

No es, pues, extraño que algunos intérpretes segreguen esta nueva especie ¿la obligacion meramente civil, es tal obligacion?

Savigni rechaza esta tecnologia, primero por no haberla usado los jurisconsultos romanos, y despues por los errores á que es ocasionada si se hace derivar de los dos sistemas de aquel derecho: el *jus civile* y el *jus gentium*, considerándolos sin la menor dependencia ó relacion. Vinio dice tambien: *Hoc genus obligationis propemodum sine re est, et exitu inutile.*

Esto no obstante; si está reconocido que puede haber obligaciones naturales apoyadas por el solo vínculo de la equidad, ¿cómo no admitir que haya otras opuestas á las anteriores sin apoyo en la equidad, y que estando adornadas de los requisitos legales, mientras lo contrario no se pruebe, reciben su fuerza del derecho estricto? Pues bien: tales son las obligaciones meramente civiles, cuyo nombre toman del derecho que les da causa.

Su existencia se prueba además por los efectos; efectos que á veces permanecen en suspenso, y otras son ya irrevocables. Véase un ejemplo del primer caso. Ley 28, tít. XI, Part. 5.ª [1] *Por miedo, fuerza ó engaño quel ficiese, prometiendo un ome á otro de dar ó de facer alguna cosa non es tenudo de cumplir la promision.* [2] *Pero si despues que oviese fecho tal promision, pagase él por sí, ó ficiese lo que prometió, non seyendo apremiado, dende en adelante non podria demandar de cabo aquello que diese ó que ficiese. Esto es porque aquel derecho que él avia por sí..... pierdelo cuando él por sí cumple de su grado é sin premia, lo que prometió.*

De modo que la obligacion subsiste, cuando el perjudicado que podria inutilizarla la confirma, cumpliendo lo ofrecido, renunciando á su escepcion.

Hé aquí ejemplos del segundo: obligacion civil es la que

resulta de una sentencia condenatoria, pronunciada por error de hecho ó de derecho y que sea inapelable. El condenado en este juicio está obligado á pagar al vencedor en el mismo la cantidad litigiosa, pudiendo ser apremiado á ello por las vias judiciales, aunque no la deba en realidad y conforme al fuero de la conciencia: la autoridad de la cosa juzgada ha producido esta obligacion.

El juramento decisorio produce un efecto análogo: cuando la parte á quien se demanda una cosa, defiere al juramento decisorio del demandante, y este jura que la cosa le es debida, el demandado está obligado á entregarla, aunque en realidad y en el foro de la conciencia no la deba. *Tan grande es la fuerza de la jura, que quita á su deudor de todo aquel debdo que le era demandado en juicio, bien así como si pagase á su contendor. E si este que juró..... despues non remembrándose desto, le pagase la debda que era ya destajada por la jura; bien puede pedir que gela torne, porque pagó cosa que non debia. Esto decimos que puede facer, maguer le oviese jurado mentira. Porque la jura, que él fizo con voluntad de su contendor, lo quitó de aquella deuda, cuanto á juicio deste mundo, como quier que Nuestro Señor Dios gelo pueda demandar, cuando quisiere.....* Ley 16, tít. XI, Part. 3.ª

### Artículo 5.°

#### *Cosas esenciales á una obligacion.*

La obligacion por escelencia, la verdadera es la mista que podemos definir con Vinio: *vinculum æquitatis pariter et juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur.* Mista en el sentido de que concurren á darle vida la equidad natural, y la autoridad del derecho civil; de suerte que sola ella contiene plena necesidad de prestar y produce accion y escepcion. *Unde sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque et exceptionem producit.*

Mas como no se comprende una relacion jurídica sin elementos que la determinen, pasamos á analizar las circunstan-

cias esenciales á toda obligacion. Dichas circunstancias son tres: causa de donde nazca la obligacion, personas que la contraigan, cosa que le sirva de objeto.

La causa de donde nace una obligacion, puede pertenecer al derecho público ó al privado, lo cual da motivo á que algun autor (Viso) divida las obligaciones en públicas y privadas: son públicas aquellas en virtud de las cuales tienen los ciudadanos que contribuir con sus personas y bienes á las cargas del Estado, y privadas aquellas por las que una persona queda obligada á otra por una causa ó hecho propio ó por los hechos y causas de un tercero. Esta division como todas, puede contribuir á poner órden en las ideas, pero es poco filosófica: las obligaciones nacidas inmediatamente de la ley se consideran mas bien deberes; no habiendo particular ni estado que no tenga los suyos; las verdaderas obligaciones son las privadas, producto esclusivo de nuestra voluntad.

No hay obligacion que no proceda de alguna causa, y que por lo regular no consista en algun hecho precedente del obligado *quæ non propriis viribus consistat* (Ley 27, Dig. *oblig.*). Las fuentes ó causas de las obligaciones las describe Justiniano en el siguiente párrafo. *Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (§ 2.°, tít. XIII, lib. III).

La clasificacion exacta desde el punto de vista de aquel derecho no lo es tanto juzgada á la luz de los nuevos principios. La ley aprecia hoy en el delito algo mas que un acto privado capaz de producir obligaciones civiles. Lo que hablando de esto enseña la ciencia es que sus fuentes son dos, la convencion ó un hecho personal.

# SECCION II.

## DE LOS CONTRATOS.

### § I.

### *Origen de los contratos.*

*Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt...... et ex hoc jure, pene omnes contractus introducti sunt ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum* (Int. § 2.°, tit. II, lib. I.).

Los contratos reconocen por causa las necesidades de los hombres, y son tan antiguos como la sociedad que ha hecho su uso frecuente. No se equivocó el emperador al suponer que el humano linaje reconoció ciertos principios que les sirven de fundamento; cada contrato tiene su naturaleza especial: la ley ha venido á confirmarla prestando medios de coaccion exterior á obligaciones, cuyo cumplimiento por mal entendido interés de los particulares, no podia completamente fiarse á su buena fé.

### § II.

### *¿Qué se entiende por contrato?*

Siendo el contrato una forma de convencion, antes de definir la especie, será útil dar á conocer el género. Ulpiano definió la convencion: *duorum vel plurium in idem placitum consensus* (§ 2.°, ley 1.ª, Dig. de *pactis.)* Esplicando la etimología de esta palabra, continúa; pues como se dice que *convienen* lo que de diversos lugares se reunen en un punto, así tambien los que de diferentes movimientos del ánimo consienten en una cosa llegan á convenir en un mismo dictámen. Tan general es este

nombre que como elegantemente observa Pedío, no hay contrato ni obligacion que no lleve en sí una convencion, ora se haya verificado de palabra ó por hechos: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem: sive re sive verbis fiat.*

La convencion produjo por derecho romano dos especies; el pacto nudo y el contrato: el contrato era *conventio habens nomen speciale: aut eo deficiente, civilem obligandi causam:* es decir, que debia tener nombre propio, como la venta ó el arrendamiento; ó causa civil de obligar, como acontecia en los innominados. El pacto carecía de uno y otro, era: *nuda conventio quæ in nudis placiti et conventionis finibus stat, nec certum nomen habet, nec ullam obligandi causam præpter conventionem.*

El contrato producia accion y escepcion; el pacto, por punto general, solo escepcion, aunque despues algunos llegaron á tener la misma eficacia que los contratos, segun consta por la ley 7.ª, tít. XIV, D. de *Pactis*; originándose de aquí la division de pactos en nudos y calificados, adyectos ó añadidos, con otras divisiones de la misma especie.

Parece estraño que los romanos admitiesen los pactos despues de haber señalado formas tan rigurosas á la contratacion; pero lo que salva esa especie de inconsecuencia es la razon de moralidad invocada por uno de los espositores de aquella ley. *Conditores juris romani hujusmodi conventionibus vim coactricem substraxerunt, ut sóla paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei et probitati, quàm omnia vinculis legum et necessitate adstringere* (Vinio.)

De todos modos está demostrado que el derecho romano llamado la razon escrita, se apartó en su teoría de los contratos, ó por lo menos en sus divisiones, de la sencillez tan recomendada por derecho natural. El contrato libre de tantas sutilezas tiene en los modernos códigos una definicion mas clara, mas precisa, mas filosófica: porque ó bien es «un convenio por el cual una ó varias personas se obligan, respecto de otra ó mas, á dar alguna cosa ó prestar algun servicio que es como le define

el art. 973 del Proyecto de código; ó ya es la convencion, por la cual dos partes recíprocamente ó una de las dos prometen, y se comprometen para con otro á darle, hacer ó no hacer alguna cosa que es la definicion del art. 1101 del Código francés.

Nuestro derecho era el mas lleno, el mas impregnado del espíritu romano, porque la ley de Partida copiando aquel original habia trascrito su teoría de las estipulaciones; pero se anticipó á todos en la reforma proclamando ya en el siglo XIV el principio de libertad que simboliza la ley del Ordenamiento.

La palabra convencion como de creacion jurídica es admisible. Puede usarse si ya no en la acepcion que le dió la ciencia, en sentido lato para denotar el consentimiento entre dos ó mas personas sobre una misma cosa; llamando contrato al convenio, y pacto á las condiciones que contiene ó que se le agregan.

De otra frase hizo uso el mismo derecho, hoy anticuada, pero á la que va aneja una idea práctica, y por esto merecedora de un recuerdo.

El contrato comprende el concurso de la voluntad de dos personas, de las cuales una promete y otra acepta cierta cosa: pues bien; la promesa hecha formalmente antes de ser aceptada, es lo que allí se llamó *policitacion*; *Pollicitatio est solius offerentis promissum* (Ley 3.ª, D. de *Pollicit.*).

Aunque la policitacion no sea completamente obligatoria en términos rigorosos de derecho natural, el derecho civil que en Roma como en parte alguna completó aquel derecho, señaló dos casos en que pudiera ser obligatoria: 1.° cuando habia existido justo motivo para hacerla; 2.° cuando se habia comenzado á poner por obra (Ley 1.ª, §§ 1.° y 2.° de *Pollicit.*).

La vaguedad de la ley recopilada, el testo esplícito de la mercantil en materia de comision, y aun, por analogía, la proposicion como la define el Código penal dan idea, entre nosotros, de este género de compromiso.

## § III.

### *Division de los contratos.*

Establecido por la ley recopilada el principio del consentimiento como base de toda contratacion, ha sido general la creencia de que no existia ya la doctrina de Partidas, de que esta ley habia sido por completo derogada, lo mismo en cuanto á la definicion del contrato que en cuanto se refiere á su causa y sus especies. Reconociendo la trascendencia de la reforma, al llegar á la resolucion del problema, no hemos podido decidirnos á aceptar esta opinion.

La division de los contratos es la siguiente: 1.° contratos nominados é innominados: 2.° consensuales y reales: 3.° unilaterales, bilaterales é intermedios: 4.° onerosos y lucrativos, dividiendo los primeros en conmutativos y aleatorios: 5.° contratos de buena fé y de estricto derecho: 6.° principales y accesorios: 7.° traslativos de dominio ó simplemente del uso, constitutivos de una carga como servicio ó como garantía. El análisis de cada una de estas especies basta para justificar dicha division.

(A) Nominados é innominados: En la ley 1.ª del Digesto *de Pactis*, donde Ulpiano anunció ya su definicion del contrato, espuso la razon legal á la vez que filosófica de esta nueva especie: son nominados unos contratos, porque segun la espresion de un jurisconsulto, *dicto nomine caetera subintelliguntur:* otros, aunque carecen de nombre, tienen causa civil de obligar, tales son los innominados.

Los contratos nominados llevan nombre especial dado ó confirmado por la ley, nombre de tanta importancia que basta citarle para apreciar todos sus efectos. Con solo decir mútuo conoce el jurista la naturaleza y los efectos de este contrato. Y lo que de él se dice es aplicable al comodato, á la compraventa, á la sociedad, al censo y otros.

En la categoría de contratos innominados entran los que no

teniendo nombre especial, sacan de su misma causa su fuerza obligatoria.

A falta de nombre propio era de necesidad buscar fórmula adecuada para dichos contratos infinitos en número, y por eso mismo de no fácil clasificacion. En este como en tantos puntos admira la inventiva de aquellos legisladores; pues llenan cumplidamente el objeto las cuatro de la ley 5.ª, Dig. de *praes. verb.* reproducidas en la 5.ª, tit. VI, Part. V, *do ut des: do ut facias: facio ut des: facio ut facias.*

El Código francés no conserva esta division y son muchos los que la rechazan, fundados en que no existe ya la íntima relacion entre la accion y el procedimiento que la hizo necesaria en Roma: pero la espresion de la accion contribuye eficazmente al buen órden de los juicios y es requisito exigido por los códigos modernos. Cuando tanto se han multiplicado las transacciones y tantos son los pleitos que pueden producir, ¿qué inconveniente hay en valerse de un enunciado general para espresar una accion que carezca de nombre propio?

(B) Contratos consensuales y reales. No hay obligacion donde falte consentimiento, pero la causa de llamarse así este contrato no consiste en la concurrencia de este requisito que es comun á todos, sino en que basta para su perfeccion el consentimiento espresa y terminantemente declarado.

Como la ley del Ordenamiento está concebida en términos tan vagos, algunos intérpretes, dándole una latitud jurídicamente imposible, consideran reducidos todos los contratos á los consensuales, y no admiten la existencia de los reales, de los verbales y aun del literal. Solo dos palabras diremos para rectificar una asercion que desaparecerá por completo al esplicar en el lugar correspondiente la naturaleza intrínseca y esencial de estos respectivos contratos.

Los contratos reales no pueden refundirse en los consensuales sin autorizar una confusion que seria causa de los mas graves errores. La obligacion que nace, por ejemplo, en el mútuo y que consiste en devolver el deudor otro tanto de lo que recibió, no empieza sino despues de la entrega. El contra-

to existirá desde que uno pida y otro convenga en entregarle cierta cosa; ¿pero ese contrato será el mútuo?

El contrato verbal que recibe su fuerza, su perfeccion de la congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta, es la estipulacion de los romanos, la promesa de los tiempos modernos: forma, mas bien que causa determinante de nuestra voluntad, puede preceder á todos los contratos y producirlos todos. Bastaria esta razon, á falta de otras que espondremos en su dia, para no considerar anulada, refundida esta especie en la de los consensuales.

Menos defensa admite el contrato llamado literal. Nacido á ejemplo de la estipulacion de la que venia á ser un reflejo conforme el sistema que seguian los romanos para llevar sus libros de crédito, carece de apoyo entre nosotros que rechazamos aquella solemnidad y tenemos otras costumbres; pero, sobre que es indiferente, ver en el recibo la causa ó la prueba de una obligacion ¿podrá negarse que tiene algo de especial un título sujeto á una prescripcion angustiosa, y que produce efectos incontrastables, sin mas que la accion del tiempo? De todos modos, este puede dejar de ser un contrato; pero si subsiste, no será consensual.

(C) Contratos unilaterales, bilaterales é intermedios. El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral cuando se obligan recíprocamente (Art. 975 del Proy.). Las leyes de Partida sin consignar esta division reconocen sus efectos. El Código francés terminantemente la establece en sus arts. 1102 y 1103. Nadie puede desconocer la diferencia que hay por ejemplo entre el mútuo, la promesa y la donacion no remuneratoria, y la compra venta, la sociedad ó el censo. El contrato bilateral llamado tambien en las escuelas *synalagmático*, puede ser perfecto ó imperfecto: es lo primero cuando por su naturaleza y en el instante mismo de celebrarse produce obligaciones igualmente principales para ambos contrayentes: como en la compra: será lo segundo, si la obligacion no nace en el mismo acto para los contrayentes, sino que el uno queda obligado desde luego, y el otro lo es ó

puede serlo por un acto posterior: como sucede en el comodato que el comodatario desde luego se obliga; pero *ex post facto* puede este á su vez reclamar contra el comodante. De aquí arranca la teoría de los contratos intermedios ¿existe esa especie? Algunos lo niegan queriendo que sea mas bien resultado de un cuasi contrato la obligacion nacida del hecho posterior á la celebracion de ciertos contratos. El caso para nosotros es igual, pues en esta esplicacion al fin se reconoce que el contrato unilateral se hace bilateral, y siendo así lo mismo da atribuirla á un contrato intermedio, que á un cuasi contrato.

(D) Contratos onerosos y lucrativos. El proemio de la Partida 5.ª reconoce esta division en los términos siguientes: «*E porque estos pleitos é posturas á que llaman en latin contractos son los unos de gracia é de amor que se facen los unos á los otros: é los otros son por razon de su pro de amas las partes, por ende nos queremos aquí fablar de los pleitos de gracia porque son los fechos dellos mas nobles é mas honrados á los que los facen; así como de emprestar é dar... Despues fablaremos de cada uno de los otros.*

La actual division no ha sido impugnada: conforme al artículo 976 es gratuito el contrato, por el cual una de las partes otorga á la otra un beneficio por pura liberalidad; y oneroso, aquel por el que las partes contratantes adquieren derechos, y contraen obligaciones recíprocamente.

Los contratos gratuitos son de naturaleza mista, cuando el que confiere un beneficio á otro, exige de él alguna prestacion inferior al valor de la cosa dada: tal seria la donacion hecha á alguno, imponiendo una pequeña carga al donatario.

Los contratos onerosos se dividen en aleatorios y conmutativos: la esencia de los primeros consiste en que uno de los contratantes, sin entregar nada por su parte, recibe de otro alguna cosa, no por pura liberalidad, sino como premio de un riesgo que ha corrido: tal sucede en el contrato de seguros, renta vitalicia, etc. Los segundos son aquellos, en cuya virtud cada una de las partes contratantes da y recibe ordinariamen-

te el equivalente de lo que da; ejemplo de estos contratos son la compra-venta en los nominados y todos los innominados.

(E) Contratos de buena fé y estricto derecho: la buena fé significa todo lo que está exento de fraude; aquí se toma en la acepcion usada por los romanistas para denotar lo justo y lo bueno y ajeno al rigor del derecho: *quod æquum et bonum est et à rigore juris alienum*. Por manera que contratos de buena fé son aquellos en que el juez puede conocer y sentenciar por las reglas de equidad y justicia las cuestiones que se susciten entre las partes sobre puntos que no hubieran espresado: y contratos de estricto derecho aquellos en que no puede estenderse la obligacion á mas que á lo que los contrayentes hubieren pactado ó las leyes hubieren establecido.

La ley francesa no conserva esta division y son muchos los que la impugnan por ser esencialmente romana, pero aunque peculiar de aquel derecho, donde era muy eficaz unida al título de acciones, no es tan estraño al nuestro que deje de recomendarse por cierta utilidad práctica: Dos ejemplos cita Viso que prueban cuanta diferencia hay entre los efectos de ciertos contratos. «Véndese un campo estando pendientes los frutos sin haberse pactado nada acerca de ellos ¿á quién pertenecen? la razon dicta que son del comprador, porque como contrato de buena fé, no habiéndose espresado nada, se entienden vendidos juntamente con el campo; y así lo resuelve la ley 13 del Dig. de *act. emp. et vend.* Por el contrario; se promete á otro el mismo campo con los frutos pendientes, sin haberse hecho mencion de ellos; entonces quedan á favor del promitente, porque la promesa no debe estenderse á mas de lo que en ella se hubiese espresado por ser este un contrato de estricta interpretacion segun consta en la ley 99, Dig. de *verb. obli.*» Si se rechazan estas soluciones por estar fundadas en leyes romanas, contestaremos que el derecho de Roma es jurisprudencia en todas partes.

(F) Contratos principales y accesorios. Esta division, aunque omitida en algun código moderno, es importante: contrato principal es el que existe independientemente de otro cual-

quiera, v. gr. la compra, el arrendamiento: accesorio, el que tiene por objeto asegurar la obligacion del contrato á que se une, careciendo por lo tanto, de existencia propia, como la fianza, la hipoteca.

Finalmente; si queremos calificar los contratos por los fines que satisfacen ó por las necesidades que remedian, todos pueden reducirse á cuatro clases: unos son traslativos de la propiedad como la compra, la permuta, el mútuo, el censo, la renta vitalicia, la donacion, la sociedad: otros trasfieren solo el uso como el arrendamiento y el comodato: otros sirven de garantía, ó á las cosas propias como el seguro, ó á las obligaciones ajenas como la fianza ó la prenda é hipoteca: otros se celebran para prestar su servicio, como el mandato y el depósito.

§ IV.

*Requisitos de los contratos.*

La obligacion es un acto complejo por los elementos que la constituyen; su principal orígen son los contratos; pero solo merecen este nombre, solo producen sus efectos los que llenan ciertos requisitos, unos generales, otros particulares: prescindiendo por ahora de los últimos, vamos á examinar los primeros. Estos requisitos, apreciados por su importancia, son de tres clases: esenciales, naturales y accidentales.

Esenciales son las circunstancias que dan á un contrato su naturaleza propia y sin las cuales no puede existir. El arrendamiento tiene de comun con todos los contratos el consentimiento, pero no puede existir sin que haya cosa ó servicio que se preste y precio convenido por el uso de la cosa ó la utilidad que se reporta del servicio.

Naturales son las cosas ó circunstancias que lleva consigo el contrato, aunque no se espresen, pero de las que se puede prescindir, ó que se pueden separar sin influir en la esencia ó la naturaleza del mismo. La eviccion, por ejemplo, pertenece á la naturaleza de la venta y existe aunque no se estipule; pero

el contrato no dejaria de existir, aunque el comprador relevase de esta carga al vendedor.

En el préstamo es de esencia ó de sustancia que se vuelva otro tanto del mismo género: es de naturaleza que haya de ser de la misma bondad. Mudándose lo primero, como si se pacta que por aceite haya de volverse vino, deja de ser préstamo: lo segundo puede mudarse subsistiendo el contrato de préstamo. (Leyes 2.ª y 3.ª, tít. I, lib. XII, Dig., y 7, tít. LXIV, lib. IV, del Cód.).

Las circunstancias naturales de los contratos se entienden comprendidas en el consentimiento, á no estipularse esplícitamente lo contrario (R. C. 21 Noviembre 1863).

Los accidentales se diferencian de los anteriores en que no siendo de esencia en los contratos ni formando parte de ellos por disposicion de la ley, existen por un pacto especial: tal seria la condicion, el plazo para el pago del precio etc.

## § V.

### *Exámen de los requisitos esenciales.*

Infiérese por las anteriores definiciones que no debemos ocuparnos de los requisitos naturales por su misma variedad, ni de los accidentales por depender solo de la voluntad de los contrayentes. Los esenciales están en distinto caso, pues aparte de su importancia, tienen principios fijos é inalterables. Esos requisitos son cinco: 1.° la capacidad de los contrayentes: 2.° su consentimiento: 3.° un objeto cierto que sirva de materia á la obligacion; 4.° causa lícita que la motive: 5.° forma ó solemnidad.

### ARTÍCULO 1.°

#### *Capacidad de las personas.*

No se concibe obligacion sin que haya personas que la ce-

lebren, pero este requisito supone capacidad necesaria para la contratacion ¿quiénes tienen capacidad? ó mejor dicho ¿quiénes no la tienen? A esta pregunta grave por la índole de las personas y aun por la naturaleza de los actos que influye sobre su capacidad, podemos dar una contestacion legal.

Ley 4.ª, tit. XI, Part. V.—[1]*Prometer puede á otro todo ome á quien non es defendido señaladamente. E porque ciertamente puedan saber, cuales son aquellos á quien es defendido, querémoslos aquí nombrar. Estos son* [2] *el loco ó desmemoriado é el menor de siete años á que llaman en latin infans, ó el pupilo que es menor de catorce años é mayor de siete. Ca este atal non puede facer prometimiento que fuese á su daño. Pero si por razon del prometimiento que ficiese el pupilo se le siguiese alguna pro, valdria el prometimiento fasta en aquella cuantia que montase la pro del, é fincaria por aquello obligado, é non por mas.* [3]*E lo que dijimos del pupillo, ha lugar en el mayor de catorce años, é menor de veinte é cinco que ha guardador. Ca el prometimiento que ficiese este atal sin otorgamiento del guardador non valdria, si non en la manera que de suso digimos del pupillo.*

Como acontece, por lo comun, en el derecho, la ley trascrita, primera de las que regulan la capacidad, establece la regla y las escepciones. La regla es que pueden contratar todas las personas á quienes no está prohibido por la ley. Las escepciones, como se ha dicho, son varias: 1.ª ser loco ó demente: Concuerdan la ley 1.ª, tít. IV, Part. V..... *Pero si el que fizo la donacion, es loco ó desmemoriado ó desgastador de sus bienes, de manera que le es defendido del juzgador del lugar que non use dellos, non valdria la donacion, como quier que valdria la que á ellos se ficiese.* Y la 7.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real. *Si algun loco ó desmemoriado ficiese pleito, mientra durare la locura, en tal pleito como este no vala, mas si en algun tiempo recobrase su sentido, é su sanidad, el pleito que ficiere en tal tiempo vala, maguer que despues torne en locura.*

Finalmente: la voluntad presunta ó espresa es causa de to-

das las obligaciones; y el Derecho romano declara á manera de apotegma *furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est* (40, de *reg. jur.*): *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit* (§ 8.°, *Inst.* de *in. stip.*).

Mas la enfermedad no es la condicion, es un estado anormal en la vida del hombre: su incapacidad se ha de entender con la limitacion de la ley, mientras permanezca en este estado: lo cual pertenece ya á la esfera de los hechos, sobre los que recae la observacion y decide la ciencia. Háse pretendido erigir en áxioma que «el *demente* no puede ejercer ningun acto civil sin prévia rehabilitacion;» pero semejante doctrina no estaria de acuerdo con la ley de Partida, que en materia de testamento limita la prohibicion solo al tiempo en que el *demente* esté privado de razon, sin someter la calificacion de su aptitud á una rehabilitacion prévia (S. 30 Marzo 1867). Y esta disposicion no es peculiar de aquel acto, sino que debe considerarse aplicable en su espíritu y esencia á cualquier otro civil.

El art. 279 del Proyecto de Código declara «incapaces de administrar sus bienes al sordo-mudo que no sabe leer ni escribir.» Parece esto arreglado á precedentes del Derecho español y romano que autorizan el que se les dé curadores á causa de su incapacidad... *sed... et surdis et mutis..... quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt* (Inst. I, 23, 4). En su consecuencia autores hay que profesan tal doctrina: nosotros sin embargo no la tenemos por legal, porque para defenderla seria preciso suponer que el no poder atender á sus cosas provenia de vicio de inteligencia, ó defecto de incapacidad, y eso la ley no lo afirma y hoy menos que nunca podria establecerlo.

2.° Ser menor de siete años y menor de catorce, mayor de siete etc. Concuerda la 17, tít. XVI, Part. VI.

La 10, tít. V, lib. II del Fuero Juzgo limita la incapacidad por razon de edad á los trece años. «*Los ninnos que son menores de trece annos, si quisiere nfacer manda de sus cosas, ó otro prometimiento, ó por escripto, ó por testimonias; non le puedan facer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte...*»

Mas en armonía está con la ley de Partida la 7.ª citada del

Fuero Real. *Mandamos que los que son de menor edad de catorce años, no puedan facer ningun pleito que sea de su daño: mas si ficieren el pleito que sea de su pro, no sea desfecho por aquella razon, porque fizo el pleito en tiempo que no era de edad cumplida.*

Son incapaces para obligarse por sí solos ó sin la autoridad de su guardador el menor de siete años, y el mayor de siete y menor de catorce, aunque con la advertencia, respecto del último, que si *del prometimiento* le resultase alguna utilidad, valdria en cuanto al importe ó la cuantía de esta utilidad.

El anterior precepto es de orígen esclusivamente romano: decia aquel derecho: *infans non multum, à furioso distat quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum* (§ 9, Inst. de *in. stip.*). Los menores de siete años á semejanza de los faltos de juicio, no podian intervenir en convencion alguna ni como aceptantes ni como promitentes por falta de capacidad. Los pupilos mayores de la infancia y los menores á quienes se hubiese dado curador, tampoco podian obligarse como promitentes, mas si el contrato que hubieran celebrado les fuese provechoso, la obligacion subsistia en cuanto resultasen beneficiados y no mas..... *sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi* (§ 9, Inst. id.). *In pupillum actionem, in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit* (Ley 5.ª, *D. de auct. et cons. tut vel* cur.). Establecida la tutela en interés de los pupilos por el peligro de que sean engañados en sus contratos, deja de ser precisa cuando los hechos no justifican este temor. *Placuit meliorem conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate* (Inst. tit. de *auc. tut.*).

El mayor de catorce años menor de veinticinco. El *prometimiento* que un contratante de esta edad hiciese sin otorgamiento del guardador no valdria, sino bajo la condicion establecida para los impúberos: *in quantum locupletiores facti sunt*. Como por derecho romano la curaduría no era obligatoria para los romanos, habia que distinguir el caso de que tuvieran ó no curador: si le tenian era nulo el contrato celebrado sin su asistencia, y á este principio obedece nuestra ley.

Ley 5.ª [1]*En latin* prodigus *tanto quiere decir en romance como desgastador de sus bienes: é decimos que si á este atal por esta razon le fuese dado guardador... é le fuese defendido del juez del lugar que non usase de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador; ningun prometimiento que despues ficiese non valdria; nin fincaria por ello obligado si non en la manera que dijimos en la ley ante desta del pupilo.* [2]*Otrosi decimos si acaesciese que alguno que fuese mayor de catorce años, é menor de veinte é cinco, que non oviese guardador, ficiese prometimiento, para obligarse á otro en alguna manera, vale el prometimiento. Mas si se sintiere engañado, ó que lo fizo á su daño, puede pedir al juez en manera de restitucion que le desobligue de aquel prometimiento, é que le torne en el estado en que era ante que lo ficiese. E si el juez fallare que es menor de veinte é cinco años, é que el prometimiento fué fecho á su daño, débelo desfacer, mandando que aquella obligacion non vala.*

Comparados los pródigos á los furiosos, y, en tal concepto sometidos á la curatela, el capítulo 1.° declara nula la promesa que haga despues de la interdiccion, sin fuerza la obligacion contraida por él, sino en la manera establecida para el pupilo: *Prodigo interdicitur bonorum suorum administratio* (Ley 1.ª, Dig. de cur. fur.). *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari* (Ley 6.ª, de *verb. oblig.*).

El artículo 513 del Código francés se limita á establecer que puede prohibirse á los pródigos litigar, transigir, tomar á préstamo, etc., sin la asistencia de un consejo nombrado por el tribunal. Los oradores que sostuvieron la discusion de este Código dieron á entender que era una inconsecuencia del derecho romano hacer la prohibicion absoluta despues de haber concedido al propietario el *jus utendi et abutendi* (Disc. 37, 38 y 39). Pothier añade que solo la ley civil puede declarar á los pródigos incapaces de obligarse contratando; porque estas personas saben lo que hacen y el consentimiento que prestan es verdadero, lo que basta para formar un contrato. Pero nos parece mas en su lugar la antigua doctrina seguida por los autores del Proyecto. Como dice uno de ellos (Goyena), «la propiedad está

sujeta á restricciones, el desprecio habitual de ellas cuando trasciende al órden público y al de las familias, debe ser reprimido por el legislador: la prodigalidad es siempre hija ó madre de otros vicios mas desastrosos. Las restricciones del art. 513 son insuficientes.»

El cap. 2.° declara que los mayores de catorce años, menores de veinticinco, que no tienen curador, pueden obligarse, salvo su derecho á la restitucion si fueren perjudicados. Reproduce el derecho romano, el cual no haciendo obligatoria para el menor la sumision á la curaduría, debía lógicamente reconocer la validez de sus actos, concediéndoles por toda garantía la restitucion: *Minores 25 annis, si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligantur, ita ut captis neccessaria sit in integrum restitutio* (Ley 3.ª, C. de *in int. rest.*). Sin embargo, el caso resuelto por la ley parece entre nosotros poco probable, pues á tenor de los arts. 1231, 1233 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, no puede menos de reputarse obligatoria la curatela para los menores é incapacitados.

La facultad concedida á los menores está sujeta á limitaciones propias de la inesperiencia de su edad. Aunque la demostracion vendrá naturalmente como en otros tantos casos á manera que vayamos avanzando en el estudio de las leyes, citaremos alguno para ejemplo. Es una limitacion la que tienen para enajenar sin ciertas formalidades sus bienes raices; para transigir sobre sus derechos; para hacer donaciones; para comprar ó tomar al fiado objetos de plata y mercaderías.

Ley 6.ª *Padre á fijo que tenga en poder, nin tal fijo á su padre, non se pueden facer prometimiento para obligarse el uno al otro, si non fuere sobre cosa que venga de las ganancias que los omes facen, llamadas en latin, castrense vel cuasi castrense peculium....*

Ley 3.ª, tít. XI, lib. I, F. R. *Si padre ó madre tuvieren fijo ó fija en su poder, si le ficiere facer pleito alguno de deuda, convenencia ó otra cosa, tal pleito no vala, maguer los fijos sean de edad cumplida; mas despues que salieren de su poder, ó estando casados, tuvieren casa departida, é recabden sus cosas por*

*si, si hubieren de edad veinticinco años, é ficieren pleito con su padre ó con su madre ó con uno dellos, tal pleito vala. Y esto vala en los fijos varones, ca pleito que haga fija por casar, quier sea en cabello, quier viuda, si ficiere pleito con padre, madre ó con uno dellos, no vala; maguer que haga veinticinco años; é si fuere casada, é otorgare el marido, el pleito que ficiere, vala.*

El padre y el hijo como el señor y el esclavo mientras duró la esclavitud jurídicamente considerados no tienen personalidad distinta ni pueden por tanto contraer obligacion. Tal es el fundamento de una incapacidad consignada en los Códigos romanos y que copiaron el Fuero Real y las Partidas. *Item inutilis et stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui juri tuo subjectus est, vel si is, à te stipuletur.*

La incapacidad del hijo no se limita á los contratos que celebre con su padre, sino que le impide celebrarlos con personas estrañas: siendo la causa de esta prohibicion que por la dependencia en que le coloca su estado, carece de personalidad propia, á lo menos, la que el derecho exige para contraer una obligacion. Las escepciones ó van anejas á la naturaleza de ciertos bienes, ó son una concesion de la ley en favor del hijo que toma estado,

*ienes*: si fueren de los que el derecho llama peculio castrense ó cuasi castrense, el hijo no solo puede contratar sin licencia de sus padres, siendo mayor de edad, sino aun con estos mismos como preceptúa esta ley, y en consonancia con ella la 1.ª del tít. V, lib. 39, de *donationibus*.

Lo mismo sucede con el peculio profecticio si recayere el contrato sobre cosas pertenecientes á su administracion, ó fuere de la clase de donaciones que le están permitidas por dicha ley.

Respecto al adventicio Gregorio Lopez dice: *idem dic in peculio adventitio, in casibus exceptis, in quibus patri non acquiritur ususfructus; vel quia forte pater non vult, quod sibi acquiratur*, (Glos. 2.ª). Pero nosotros no hallamos confirmada en la ley esta proposicion ni la creemos posible, pues aunque tales bienes constitu-

y en su fortuna, no aumentan su personalidad: no le hacen, como de los castrenses se dice, padre de familia.

*Estado:* la ley del Fuero ha distinguido dos casos: niega la capacidad del hijo para contratar estando en poder de padre ó madre; pero si se emancipa ó aun estando en su compañía contrae matrimonio, abre casa aparte, administra sus bienes y tiene veinticinco años, se la da aun para contratar con ellos, siendo varon, porque respecto de las hijas la ley es mas inflexible.

El hijo fuera de la pátria potestad, y lo está por la emancipacion, y en el dia, segun la ley del matrimonio civil, por llegar á la mayor edad, puede contratar y obligarse en cumpliendo veinticinco años: antes de esa edad sufre las restricciones que hemos espuesto hablando de los menores.

No eran tan oscuras las anteriores leyes que pareciese preciso fijar su sentido, y sin embargo, han motivado recursos de casacion en los cuales el Tribunal Supremo ha tenido que declarar que son nulas y sin efecto alguno las obligaciones y promesas de los huérfanos mayores de siete años y menores de catorce, si no se han convertido en su provecho (17 Setiembre 1863 y 17 Mayo 1868).—Aparte esta prescripcion, no es verdadera la doctrina de que los hijos de familia por no ser personas *sui juris*, no tienen capacidad legal para otorgar contratos; antes bien solo están incapacitados en los casos espresamente determinados por derecho (26 Enero 1867). Por eso es válido el pacto en que interviene un menor, aun sin asistencia de curador cuando no reclama dentro del tiempo legal el beneficio de la restitucion ó confirma sus actos con los hechos diciendo y sosteniendo su cumplimiento...... (21 Enero 1865)

Cuando en un contrato celebrado por un menor de edad interviene su guardador no tiene aquel accion ninguna para reclamar su nulidad solo por ser menor y únicamente le compete el beneficio de la restitucion (2 Junio 1858 y 1 Marzo 1868). Otorgada á nombre de un menor una escritura de transaccion solamente puede invocar su nulidad en el caso de que no le sea beneficiosa ó perjudique á sus intereses (29 Octubre 1862). Puede consultarse por último en la materia la

sentencia de 14 Junio de 1861 cuyas conclusiones ajustadas á la ley demuestran cuando un menor de edad queda obligado por sus actos.

Son tambien incapaces las mujeres casadas en los casos espresados por la ley.

El Derecho romano fué ambiguo en el particular, y el nuestro de Partida no ha estado mas esplícito: algunos autores han invocado la ley 12, tít. XXIII, Part. I, para probar que la mujer casada podia disponer por contrato de sus bienes fuera de la dote; pero no vemos la oportunidad de esta cita: lo que esta ley declara es que la mujer, sin la voluntad del marido no debe hacer limosna sino de los propios bienes que tiene apartadamente y por peculio propio, como no sea pan y vino; es decir comestibles que tuviese para su custodia ,segun costumbre del lugar, y para eso prudentemente, procurando no desagradar á su marido; y nunca contra su voluntad como no fuera un pobre constituido en necesidad estrema.

Las leyes de Toro acabaron todas las cuestiones declarando á las mujeres casadas incapaces para contratar sin la licencia ó ratificacion de sus maridos.

En opinion de Viso la incapacidad de las mujeres casadas subsiste aun despues de declarado el divorcio temporal ó perpétuamente, y se funda: 1.° en que la ley 11, una de las citadas, les impone la obligacion de pedir licencia á sus maridos durante el matrimonio, sin distinguir si están ó no divorciadas; y 2.° en que para poderse dedicar á operaciones mercantiles ha sido menester que el derecho les conceda esta autorizacion ó les declare dicha facultad: lo cual habria sido completamente inútil, si ya la tuviesen por derecho comun.

Nosotros disentimos de este parecer, porque no es lo mismo que subsista la firmeza del lazo puramente espiritual, que el que continúen los efectos jurídicos esencialmente civiles una vez declarada la separacion. Un suceso que afecta á todas las relaciones de la familia, que cambia hasta el estado de las personas no puede ménos de influir en la administracion de los bienes. Tan útil como es á la mujer someter su voluntad á la

de su marido, mientras las reune en un fin comun la unidad del vínculo; puede serla pernicioso esta dependencia despues de pronunciado el divorcio.

La citada ley de matrimonio civil ha venido á darnos la razon en el art. 47, segun el cual no puede ejercer las facultades que le están declaradas el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio.

Los contratos otorgados entre marido y mujer son nulos, segun los principios de derecho, fuera de los casos espresamente esceptuados en las leyes (R. C. 23 Junio 1855).

En el caso de celebrarse un contrato en que intervienen marido y mujer, la falta de cumplimiento perjudica á ambos (R. C. 21 Diciembre 1858).

Las mujeres no casadas mayores de veinticinco años gozan de la misma condicion que los varones no teniendo causa fundada las restricciones impuestas por las mismas leyes.

Las incapacidades que han tenido los religiosos para disponer, por razon del voto de pobreza, de las cosas temporales se han de entender modificadas en los términos que digimos hablando de la testamentifaccion.

A estas prohibiciones generales se unen las que ciertas personas tienen para celebrar algunos contratos; prohibiciones especiales como la de los obispos, clérigos regulares, militares, mujeres y labradores para verificar el de fianza, y la de los tutores, albaceas y procuradores para el de compra-venta respecto á las cosas y bienes que administran.

### Artículo 2.°

*Consentimiento de los contrayentes.*

La convencion es concierto de voluntades que no puede existir sin el prévio consentimiento. Pero el consentimiento para ser legítimo ha de reunir ciertos requisitos, á saber: 1.° Que se preste con conocimiento y libertad: 2.° Que sea claro, intencional y deliberado. Esto nos induce á tratar de los vicios que dañan el consentimiento y pueden afectar la contratacion.

## § VI.

### *Vicios que pueden afectar á los contratantes.*

#### Artículo 1.°

#### *El error.*

El error es el mayor defecto de las convenciones, porque no puede haber consentimiento, cuando las partes han errado sobre el objeto de la convencion: *non videntur, qui errant, consentire* (Ley 116, § 2.° de *reg. jur.*). Llamamos error la disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas; aunque diferente de la ignorancia, que es la falta de ciencia ó de conocimiento perfecto de las cosas, el derecho asimila estas palabras como se vé por el correspondiente título del Digesto y del Código de *juris et facti ignor.* El error puede ser de hecho ó de derecho, segun que el falso concepto tenga por objeto una cosa sucedida ó una disposicion legal. De esta distincion hace el derecho frecuentes aplicaciones, lo cual es motivo suficiente para que examinemos la materia con cuidado.

El art. 1109 del Código francés declara que no hay consentimiento válido, si ha sido dado por error. El 1110 consigna la misma idea sin distinguir entre el error de hecho y el de derecho, aunque los casos que pone de error en la sustancia de la cosa y en la persona parecen referirse solo al de hecho. No marcándose, pues, en este artículo ni en el 1376 y 1377 que tratan de la paga de lo indebido, esa diferencia de antiguo reconocida entre error de hecho y de derecho, se suscitó en Francia la cuestion de si el error de derecho anulaba los contratos, y el tribunal de casacion resolvió afirmativamente esta duda.

No han padecido semejante omision los redactores del Proyecto de Código, pues segun el art. 989 para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho..... el error de

derecho no anula el contrato. Goyena pregunta: ¿es justa y razonable esta decision? y contesta: el derecho romano ofrec dudas de no fácil resolucion en la práctica. Las leyes 7.ª y 8.ª, tít. VI, lib. XXII, Dig. dicen; *juris ignorantia non prodest adquirire volentibus, suum vero petentibus non nocet..... omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non obest.* Voet, núm. 5, las interpreta diciendo; si se trata de recobrar una cosa ya dada ó perdida por error de derecho, el error daña: si se trata de pedir lo suyo que por algun tiempo y por error de derecho se creyó del que lo poseia, no daña el error; yo puedo pedir la herencia que realmente me pertenece, aunque por un error de derecho y por muchos años haya estado en la creencia de que el poseedor era el verdadero heredero. Sin embargo, yo no he llegado á formarme una idea clara de esta doctrina, y de todos modos me parece ver en la ley 2.ª, tít. XVIII, lib. I del Código un ejemplo de que el error de derecho no anula los contratos; pues que se declara subsistente la renuncia de la herencia materna que hizo un hijo por error de derecho..... Redactóse, pues, el artículo conforme á la letra y al espíritu del 2.º, porque no siendo permitido á ninguno ignorar el derecho, tampoco debe serle el eximirse del contrato por la escepcion de este error; á mas de que en caso necesario se abririan las puertas á muchos intrincados pleitos.» Esta fué siempre la doctrina de nuestros intérpretes: esta es nuestra jurisprudencia. Si de un contrato proviene algun perjuicio por ignorar los contrayentes las disposiciones legales, deben imputarse á sí mismos, pues pudieron consultar é instruirse antes de celebrarlo, y por eso la ignorancia del derecho á nadie escusa, ni favorece, ni tampoco anula lo pactado (S. 20, Febrero 1861, 9 Mayo, 18 Diciembre 1867).

El error de hecho, causa de nulidad de algunos contratos, es de varias clases: puede recaer sobre la causa del contrato, sobre la cosa, sobre la persona y sobre la naturaleza de la obligacion, y bajo todos estos aspectos vamos á examinarle.

*Causa del contrato*: la causa puede ser simplemente impulsiva del contrato ó de tal manera inherente á él, que parezca su

condicion: la primera no anula el contrato: la segunda sí. Por ejemplo, si uno comprase una cosa para reemplazar á otra que creia perdida, este error no vicia el contrato; pero si uno creyendo que era deudor de una cosa, estipulase con el supuesto acreedor el modo de satisfacerla y apareciese despues que no existia tal deuda, semejante error lo viciaria, por ser la causa que producia la obligacion. Tal es la doctrina de Pothier acerca de una cuestion sobre la que aparecen disconformes Puffendorf y Barbeyrac.

El error en la *cosa* puede recaer sobre el objeto mismo de la disposicion, y este error anula el contrato, como si uno compró un campo en la creencia de que era el mismo que se proponia y luego resultase ser otro. Aunque la ley romana y la de Partida hacen aplicacion de este principio en el contrato de compra-venta, es general para todos: *si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est* (Ley 9.ª, tít. I, lib. XVIII, Dig.) *Si desacordasen en la cosa sobre que fué fecha la vendida, non valdria. Esto seria como si el vendedor dijese que le avia vendido una viña, ó pieza de tierra, que era en un lugar, señalandola; é el comprador dijese que non habia entendido de aquella, mas de otra que señalase en otro lugar* (Ley 20, tít. V, Part. V.)

Tambien anula el contrato el error que recaiga en la materia de la obligacion ó en la esencia de la cosa, como si uno quisiera comprar un vaso de oro y se le diera uno de laton ó cobre. Los jurisconsultos romanos profesaron esta doctrina que es de ley por nuestro derecho. La 21 del mismo título dice: *laton vendiendo un ome á otro por oro, ó estaño por plata..... non valdria tal vendida.*

Cuando el error fuese solo en el nombre de la cosa el contrato seria válido, conforme al § I de dicha ley 9.ª, Dig. *«si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat:»* y el capítulo último de la citada ley 21 de Partida. *«Mas si non fuesse sabidor de los nombres, estonce esse será vendido que nombro por su menester maguer errase en el nome.*

Lo mismo sucede cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. La doctrina antes espuesta sobre la causa impulsiva de un contrato, puede aplicarse á este caso: si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor. Lo cual debe entenderse, no habiendo algun vicio oculto en la cosa, porque si lo hubiera, podria anularse el contrato, ó pedirse la competente indemnizacion con arreglo á las leyes 63 y siguientes del tít. V, Part. V.

*Error en la persona.* Este error, por regla general, no invalida el contrato, porque el que yo compre un libro á Pedro, librero, creyendo que es Juan, es indiferente; pero puede ser causa de nulidad, cuando la consideracion de la persona sea el principal motivo de obligacion, que es como resuelve este caso el Código francés y el Proyecto del nuestro. La ley 10, tít. II, Part. IV, aunque limitada á un error personal en caso de matrimonio puede servir de regla en todos los contratos celebrados por consideracion á la persona, como sucede en la sociedad, mandato, etc.

La calidad de la persona tiene, segun los casos, distinta influencia.

El error sobre esta circunstancia invalidaria el contrato siempre que le hubiera dado causa; tal sucederia en el caso de que teniendo á uno por heredero, y habiendo transigido con él un pleito relativo á la herencia, resultase luego falsa esta calidad. No seria lo mismo si el error fuese de nombre ó puramente accidental.

El error que recaiga en la *naturaleza* del negocio hace nulo el contrato; como sucederia si uno creyese comprar una cosa cuando de parte del dueño habia solo el propósito de arrendarla, ó prestar su uso. La divergencia en el modo de considerar el título, destruye el acuerdo en la parte mas esencial á la convencion. Si uno me vende una cosa, y yo creo recibirla á título de préstamo ó dádiva, no hay venta, ni préstamo, ni donacion: *sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est* (Ley 9.ª, Dig. de *cont. empt.)*.

Los actos ó convenios celebrados con error por ignorancia de un hecho esencial, no pueden tener valor ni fuerza legal conforme á derecho (R. C. 24 Setiembre 1866).

Pero hay que fijar la atencion sobre la regla contenida en la ley 25, tít. XXXIV, Part. VII, segun la cual el que se deja engañar entendiéndolo, *se non puede querellar como ome engañado;* de modo que no tiene derecho á reclamar por causa de error el que á sabiendas dejó que le engañaran (S. 30 Setiembre 1862).

Si los contrayentes al verificar el contrato conocian todo lo que pudiera convenir á su propósito, ó bien falta la prueba de haber mediado semejante error ó engaño, no tienen aplicacion las leyes 28, tít. XI; 4.ª, tít. XIV, y 21, tít. V, Part. V (S. 20 Febrero 1861); porque conociendo ambas partes los antecedentes y circunstancias del negocio, no puede sostenerse que ha habido error de hecho, y si efectivamente lo hubiere, debe ser imputable al que se crea perjudicado, segun la regla 22, tít. XXXIV, Part. VII, que dice que el daño que ome reciba por su culpa, que á sí mismo debe culpar por ello (S. 12 Octubre 1860).

### Artículo 2.°

#### *Falta de libertad.*

El consentimiento debe ser libre: por falta de este requisito es nulo el contrato celebrado por violencia y por intimidacion: *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus* (Ley 116 de *reg. jur.*).

Desde el Fuero Juzgo hasta el Proyecto no hay Código cualquiera que sea su orígen que olvide este principio, uno de los que podíamos llamar de derecho natural. Pero habiendo una escuela consagrado la máxima de que la voluntad aunque coartada, es voluntad, y pudiendo ser distintos los medios de fuerza, tantos los grados de la intimidacion, necesitamos estudiar legal y científicamente ambos impedimentos.

Ley 28, tít. XI, Part. V.—*Por miedo, ó por fuerza, ó por engaño quel ficiese, prometiendo un ome á otro de dar ó de facer alguna cosa, maguer se obligue so cierta pena, jurando de cumplir lo que promete, non es tenudo de cumplir la promision, nin de pechar la pena.*

Ley 9.ª, tít. V, lib. II, F. J.—*El pleito que es fecho por fuerza ó miedo, y el escripto, así cuemo cuando tienen á ome en cárcel, ó lo tienen en cuenta de muerte por le matar, ó que teme de perder su fama, ó si alguna otra fuerza le quieren facer, tal pleito nin tal escripto non vala.*

Ley 4.ª, tít. XI, lib. I, F. R.—*Pleito que sea fecho por fuerza ó por miedo, quel tengan preso ó que tema muerte, ó otra pena de su cuerpo ó deshonra ó pérdida del haber ó otras cosas semejables no vala: ni ninguna otra carta que sea fecha sobre tal pleito, no vala; salvo pleito que se faga en prision derecha.*

La fuerza hecha á una persona puede ser de dos modos: física ó esterior y moral ó interna: en la ley y en la vida, aunque no se diferencien los resultados, se distinguen la violencia y la intimidacion: las dos destruyen la espontaneidad, las dos invalidan el contrato, empleadas como dice la ley, pues este objeto cumplen sus definiciones.

Segun las Partidas; *la fuerza se debe entender desta manera, cuando alguno aducen contra su voluntad, ó le prenden ó le ligan* (Ley 15, tít. II, Part. IV).

El proyecto de Código declara que hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza física irresistible (990).

El miedo ha de consistir en un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente, en su persona, su fortuna y honor. La citada ley Alfonsina añade: *El miedo se entiende, cuando es fecho en tal manera, que todo ome de gran corazon se temiese del, como si viese armas..... ó al siervo, seyendo libre, le amenazasen quel tornarian en servidumbre. Metus autem intelligendus est, non qualiscumque, sed gravis seu justus qui cadit in virum constantem ut mortis verberum, aliorumque similium* (Ley 3.ª, § 1.º, L. 4, 5, 6 *quod met. caus.*).

Conocido el impedimento profundizaremos la doctrina dando á conocer su influencia sobre la validez de los contratos.

Para que la violencia produzca nulidad, debe ser caracterizada; si cualquier acto se considerase bastante á producir la coaccion, la amenaza por sí sola surtiria este efecto.

Debeser, además, injusta: *adversus bonos mores* (Ley 3.ª, § 1.º Dig. *quod. met. caus.*). Las vias de derecho no causan violencia. Un deudor no puede protestar de un contrato hecho con el acreedor bajo pretesto de que iba á emplear sus recursos legales ó que lo celebró hallándose reducido á prision. *Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret: quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est* (Ley 22, Id. id.): *salvo pleito que se faga en prision derecha* (Ley 4.ª, F. R.).

El miedo ha de ser presente y grave: el remoto puede precaverse y no causa justa intimidacion. *Metum præsentem accipere debemus, non suspicionem ejus inferendi* (Ley 9.ª, tít. II, lib. IV, Dig.).

Tampoco el temor reverencial anula los contratos; si así fuera equivaldria á prohibirlos entre ascendientes. Pero si el que tiene otra persona bajo su potestad, hubiese empleado amenazas ó malos tratamientos para arrancarle el consentimiento, el contrato segun las circunstancias, podria estar sujeto á rescision.

Siendo grave la intimidacion es indiferente que se haga á uno mismo ó cualquiera de sus próximos parientes: el proyecto de Código copiando el artículo 1113, C. F. señala al cónyuge los ascendientes ó descendientes.

La ley 8.ª, tít. II, lib. IV, del Dig. solo escusa el temor del padre por el mal con que se le amenaza en la persona de su hijo. *Nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.* Pero la piedad filial y el amor conyugal suelen ser un sentimiento no menos natural y vivo que el amor paterno y debe surtir los mismos efectos legales.

Como lo que produce el vicio del contrato es la falta del consentimiento, es indiferente la persona de quien procede la coaccion.

*Prætor generaliter et in rem loquitur, non adjicit à quo gestum* (Ley 9.ª,

§ 1.°) *in hac actione non quæritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum* (Ley 13, § III, tít. II, lib. IV, Dig.). *Non interest, à quo vis adhibita sit* (Ley 5.ª, tít. XX, lib. II, Cód.). Tampoco las leyes pátrias distinguen entre uno y otro caso.

En su consecuencia el art. 991 del Proyecto declara que la violencia ó intimidacion anulan la obligacion, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.

Se concibe un caso en que la obligacion contraida bajo la impresion del miedo causado por una violencia injusta sea válida: tal seria si uno amenazado de un injusto agresor, llamase á otro en su auxillio ó para que le defendiera. Por ejemplo; si Pedro viéndose atacado por ladrones, llama á un transeunte ofreciéndole ciertasuma, porque le libre de sus manos, esta obligacion, aunque contraida por miedo de la muerte, es válida. La citada ley 9.ª *quod met. caus.* al final de su primer párrafo dice: *licet vim factam à quocumque prætor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si, quo magis te de vi hostium; vel latronum, tuerer, aliquid à te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri..... ego enim operæ meæ mercedem accepisse videor.*

Pudiera haberse hecho una oferta escesiva, y entonces parece que deberia limitarse teniendo en cuenta la fortuna del librado, la inminencia y gravedad del riesgo y los esfuerzos del libertador.

Conviene, por último, advertir que en la fuerza y el miedo no pasa lo que con el error, pues como aunque coartada ha habido voluntad, el contrato existe: *qui metu facit, id vult quod facit, cum voluntas coacta, voluntas sit* (Ley *si mulier*, § 5.°, id.). La obligacion es meramente civil, pero convalecerá, si el interesado ó sus herederos omiten los remedios legales para anularla ó rescindirla.

### Artículo 3.°

### *Del dolo.*

Ley 1.ª, tít. XVI, Part. VII.—*Dolus en latin, tanto quiere de-*

*cir en romance, como engaño; é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palabras mentirosas ó encubiertas é coloradas con intencion de los engañar, é de los decebir. E á este engaño dicen en latin, dolus malus.*

El derecho romano, del que procede la anterior definicion, definió el dolo malo: *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circunveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* (Ley 1.ª, § 2.º, Dig. de *dol.*).

Aplicando estas definiciones al contrato, resultará que se ha contraido con dolo, cuando con palabras ó maquinaciones de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro á celebrarle: cuando sin esto, no lo hubiera hecho ó sufre perjuicio por haberle ocultado vicio ó defecto que disminuye el valor de la cosa.

El dolo es de dos especies; uno que da causa al contrato, y se verifica cuando el que no tiene ánimo de contraer es inducido á ello: *nullatenus contracturus si dolus defuisset* (Ley 7.ª de *dolo malo*): otro incidente ó incidental: *cum quis sponte contrait, sed in modo contrahendi velut in pretio aut aliter decipitur* (Ley 11, § 5.º de *act. empt.*).

Ambos son opuestos al consentimiento, pero difieren sus efectos, porque el dolo que da causa al contrato le anula, ó puede dar lugar á su rescision; mientras que el segundo solo produce accion para pedir indemnizacion de daños.

Aunque podriamos citar muchos textos, ninguno es mas decisivo que la ley 57, tít. V, Part. V. Yo tengo, dice, una heredad sita en distinto lugar del domicilio, nunca la he visto ni sé lo que vale, ni tengo voluntad de venderla. *Si otro alguno me moviese razones engañosas de manera que gela oviese de vender, tal vendida como esta, non vale. Mas si ya tuviese voluntad de venderla y el comprador me engañase, encubriendo alguna de las cosas pertenecientes á la heredad....., etc., vale la vendida, porque el vendedor ovo voluntad de lo facer; pero el comprador es tenudo de enmendarle el engaño.*

El dolo causante ó sea aquel sin cuyo concurso no se hubiera celebrado el contrato, produce su nulidad: lejos de que

la ley 34, tít. XIV, Part. V, repruebe esta declaracion, ella misma la prescribe (S. 20 Mayo 1864).—La manifestacion de hallarse uno resuelto á hacer uso de cierto derecho para cohibir y obligar á otro á desistir de la celebracion de un contrato, según las disposiciones de la ley 25, tít. XXXIV, Part. VII, y sus concordantes, constituye solo una amenaza que como realizada en términos esplícitos no envuelve verdadero dolo (Sentencia 30 Diciembre 1865).

Las leyes, siempre que hablan de dolo, le suponen en uno de los contrayentes; pero puede suceder que provenga de un tercero, sin complicidad de parte: en este caso el contrato subsiste, y el engañado solo tendrá accion para reclamar daños y perjuicios contra el tercero que le engañó.

Hay diferencia entre esto y lo que dispone la ley en el caso de violencia; la razon que se alega es que la violencia quita la libertad al consentimiento; el dolo por el contrario no impide que las partes hayan consentido libremente, y si se anula el contrato es como indemnizacion del perjuicio causado por el que ha dado ocasion para contraer; de donde se sigue que pudiendo reclamarse la indemnizacion contra el tercer autor del dolo no hay necesidad de anular el contrato: porque despues de todo, el engañado lo es ó puede serlo por su culpa; pero la violencia no se puede precaver.

Como esta materia nos ha de salir al paso al examinar los respectivos contratos concluiremos estos preliminares, advirtiendo que el que sufre el dolo pierde el derecho de reclamar contra la validez del contrato, si despues lo aprueba ó ejecuta algun acto suyo con conocimiento (Leyes 28, tít. XI, y 49, título XIV, Part. V), ó deja pasar el tiempo que, para ejercitar las acciones correspondientes, conceden las leyes 65, tít. V, Part. V, y 6.ª, tít. XVI, Part. VII.)

### Artículo 4.°

### *De la lesion.*

Aunque la lesion es resultado de un engaño y hemos habla-

do ya del vicio de los contratos cometidos por dolo, puede reconocer distinta causa de la lesion, y decimos que sea la que quiera, influyendo en el precio ó en las cualidades de la cosa, y alterando el supuesto del consentimiento hace defectuoso el contrato. La equidad debe presidir en las convenciones. En los contratos onerosos en que se da ó hace una cosa para recibir otra, como precio de lo que se da ó de lo que se hace, la lesion que recibe uno de los contratantes, aun cuando el otro no se haya valido de recurso alguno para engañarle, basta por sí sola para viciar el contrato por ser contraria á la equidad.

La lesion puede tener lugar en los contratos hechos por los mayores ó por los menores de edad, y aunque la causa sea la misma, los efectos no lo son. Los mayores solo tienen este recurso por un daño grave ó lesion enorme, lo cual sábiamente se halla dispuesto para la seguridad y libertad de las convenciones. Los menores, como por su inexperiencia, están mas espuestos á los fraudes, gozan el beneficio de la restitucion en sus contratos por cualquier lesion aun sin ser enorme.

No debemos insistir mas en este punto, porque parte de esta doctrina la tenemos esplicada, y la otra la reservamos para lugar oportuno.

## § VII.

### *Del objeto de los contratos.*

No se concibe obligacion sin cosa ni objeto sobre que recaiga: este requisito guarda conformidad con la naturaleza de los contratos, porque en unos, es la adquisicion del uso de una cosa, en otros un hecho, en otros un riesgo ó cierta eventualidad.

Cuanto puede ser materia de contrato está incluido en dicha enumeracion, aunque no toda cosa, ni todo hecho ó riesgo son materia lícita, pues han de reunir condiciones legales.

*Cosa.* Ha de estar en el comercio de los hombres, por falta de cuyo requisito muchos son inalienables, como los derechos

majestativos y otros; la palabra comercio se toma en el sentido de cambio, ó sea facultad de comprar y vender.

El derecho abunda en disposiciones de esta especie, Ley 34, § I, tít. I, lib. XVIII, Dig.: *omnium rerum, quas quis habere, vel possidere potest venditio recte fit, quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*. Y la 182 de las reglas de derecho dice: *quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere*.

Dos leyes entre varias de Partida indican parte de las cosas que por hallarse fuera del comercio no son objeto de contratacion: *ome libre, é cosa sagrada, religiosa ó santa, ó lugar publico... non se pueden vender nin enagenar* (Ley 15, tít. V). *Sagrada cosa, nin santa, nin religiosa, nin ome libre por siervo, non puede ningun ome prometer de dar á otro* (Ley 22, tít. XI, Part. V).

No es menester que la cosa exista de presente: basta que pueda tener existencia natural. *Las cosas que están en poder de los omes aun no nacidas se pueden prometer así como de los frutos de viña ó huerta etc.—Mas si un hombre prometiese á otro dar ó facer cosa que non pudiese ser segun natura, como darte he el sol ó facerte un monte de oro, tal promision non valdria*, (Leyes 20 y 21, tít. XI, Part. V).

La esperanza entra en la categoría de las cosas inciertas, pero posibles, y constituye un objeto de transaccion menos en los casos en que la ley por motivos de decoro, lo prohibe. *Fructus et partus futuri recte emuntur... Aliquando tamen sine re venditio inteligitur, veluti cum quasi alea emitur... spei emptio est* (Ley 8, tít. I, libro XVIII, Dig., copiada en la 11; tít. V, Part. V).

Se esceptúa la herencia futura, pues por el antiguo derecho y el Proyecto de Código que le confirma está prohibido el pacto de suceder.

La cosa ha de ser determinada en cuanto á su especie, aunque no lo sea en la cantidad, con tal que esta pueda determinarse.

En este requisito consignado por el art. 996 del Proyecto de Código estriba el argumento de la ley 24, tít. V, Parti-

da V, conforme á los antiguos principios sobre estipulacion.

Ley 74, Dig. de *ver. oblig*. *Certum est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit*. La 115 dice de una estipulacion imperfecta; *non secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur. sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ stipulatus essem: vel insulam ædificari, non demonstrato loco: vel fundum dari, non adjecto nomine.*

No solo las cosas sino tambien los hechos son materia de obligacion; *non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri* (§ VII, tít. XV, lib. III, Inst.).

El hecho ha de ser posible: *quod impossibile est neque pacto neque stipulatione, potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit. Impossibilium nulla obligatio est.* 31 y 185 de *regulis jur.* (Ley 21, tít. XI, Part. V).

Cosa imposible es dar una cosa que no existe y se creyó existente. *Si un hombre prometiese á otro de dar cosa cierta, como caballo ó cosa semejante que fuese ya muerta cuando fizo la promision, tal promision non vale* (Ley 21, tít. XI, Part. V).

La dificultad en el cumplimiento, por grande que sea, no se ha de confundir con la imposibilidad: *non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis* (Ley 2.ª, § 2.° al fin, lib. XLV, Dig.).

Ha de ser tambien lícito, porque hay imposibilidad física y moral; es moralmente imposible el hecho contrario á la ley ó á las buenas costumbres. *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est* (Ley 6.ª, tít. III, lib. II, Cód.). *Todo pleito que es fecho contra nuestra ley ó contra las buenas costumbres non debe ser guardado* (Ley 28, tít. XI, Part. V).

Ciertos riesgos ó sea las eventualidades de que no se exime ninguna cosa en este mundo, constituyen asímismo materia lícita para la contratacion.

## § VIII.

### *Causa de los contratos.*

Artículo 1.°

*Significacion de esta palabra.*

Siendo esta voz de uso frecuente y vario, los autores han puesto gran cuidado en esplicarla. El autor de las Concordancias ha reunido noticias curiosas que consideramos de alguna utilidad.

Causa, tratándose de la adquisicion del dominio por la entrega, en el derecho civil romano equivalia á título: la entrega era modo; título ó justa causa que fuese capaz de operar dicha traslacion: *numquam nuda traditio transfert dominium*: *set ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit* (Ley 31, tít. I, lib. XLI, Dig.).

El contrato debia tener nombre propio, y en su defecto *causam civilem obligandi*. Constituia la causa en los innominados lo dado ó lo hecho para que otro diera ó hiciera: *datio vel factum certa lege*. Por lo cual Vinio dice: *ne quis hic somniet de causa impellente aut finali; nam talis causa etiam in nudis pactis est*.

Causa se ha llamado tambien la razon ó título del contrato, y aun el contrato mismo: es el sentido en que la usan las leyes al disponer que en el instrumento se esprese el motivo ó la causa de deber.

En las últimas voluntades, donde se ha empleado con su significado propio y natural, la causa se refiere siempre á lo pasado y es la razon ó motivo por que se deja, dona ó paga una cosa: *quia vel quod*, equivalente á nuestro por qué. Si mira á lo futuro es modo, aunque en sentido lato se llama causa final.

Hablando de contratos infiérese por algunas leyes de los títulos IV, V, VI y VII del Digesto que es la razon por la que se hace ó se da alguna cosa, cuya causa, si se refiere á lo pasa-

do se llama *causa præterita*, si á lo porvenir *ut aliquid sequatur*, causa futura.

*Damus aut ob causam, aut rem. Ob causam præteritam: veluti cum ideo do, quod aliquid à te consecutus sum, vel quia aliquid à te factum est: ut etiam si falsa causa sit, repetitio ejus pecuniæ non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur: quo non sequente, repetitio competit* (52, tít. VI, lib. XII, Dig.).

La causa guarda relacion con la diferente naturaleza de los contratos: en los onerosos se entiende para cada parte la prestacion ó promesa de una cosa ó servicio hecho por la otra: en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (Art. 997 del Proy.).

### Artículo 2.°

*Requisitos que han de reunir las causas que motivan una obligacion.*

Siendo la causa el supuesto y como la base de la obligacion es natural que no falte en ningun contrato, por lo cual reservando para despues lo concerniente á su espresion, como medio de acreditar la existencia, señalaremos sus dos principales requisitos; á saber: que sea verdadera y que sea lícita.

La causa no será verdadera si no falsa, si no existe el motivo que se supone para su celebracion, y se entiende que es ilícita cuando fuere contraria á las leyes ó buenas costumbres.

El antiguo derecho, aunque contradictorio, manifiesta cierta tendencia á declarar válidos los contratos cometidos con falsedad. La ley 52, Dig. de *cond. ind.* dice: *ut etiam si falsa sit causa, repetitio ejus pecuniæ non sit.*

El legado es válido aunque la causa sea falsa; pues como acto gratuito no la necesita.

El Proyecto de Código, sin embargo, declara nula toda obligacion contraida por falsa causa; ni puede ser de otro modo, pues el error que es su inmediato resultado perjudica al consentimiento. Yo vendo una cosa que no existe creyéndola

existente; la obligacion es nula, porque no hay causa ó ha sido falsa.

Son contrarios á la ley los contratos simulados, ó sea celebrados con causa falsa (R. C. 31 Diciembre 1865.)

Los contratos simulados son nulos, y por consiguiente, ni confieren derechos ni pueden surtir efecto alguno legal (26 Mayo 1866).

La escepcion del art. 999 confirma la regla: si en él se declara válido el contrato, aunque la causa espresada sea falsa, es porque el contrato se funda en otra verdadera. En este caso la verdad debe prevalecer sobre la presuncion, consultando siempre á la estabilidad de los contratos.

Tal vez por eso respetó el Derecho romano algunas obligaciones cometidas con falsedad de causa: el § II, ley 32, Dig. de *cond. ind.* dice; *mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa ex qua solutum repeti non potest.*

Para declarar nula la obligacion por causa ilícita existe el mismo motivo que hay para no respetar las que recaen sobre un objeto contrario á la moral. En esto no cabe escepcion: *no vale la promision si fuese fecha contra ley ó contra buenas costumbres. Esto seria como si alguno prometiese so cierta pena, de matar á algund ome..... ó prometiese á otro de dar cosa cierta, porque matase á algun ome.....* (Ley 38, tít. XI, Part. V).

### Artículo 3.°

*Pactos reprobados por tener una causa ilícita.*

Como puede haber tantos de esta clase presentaremos no el resúmen sino la muestra.

1.° El de renunciar al dolo futuro. La promesa de que uno *no* demandará á otro por el engaño ó hurto que le haga no vale: *porque tales pleitos podrian dar carrera á los omes de facer mal: é non deben ser guardados* (Ley 29). Tampoco la renuncia á pedir que se deshaga la equivocacion ó engaño que

haya podido mediar en unas cuentas (Ley 30, tít. XI, Part. V).

2.° El de pagar lo que se ha perdido en juegos prohibidos, siendo nulos los pagos, vales, empeños y escrituras. La ley 15, tít. XXIII, lib. XII, cap. VIII, Nov. Rec., declara nulos y de ningun valor ni efecto los pagos, contratos, vales, empeños, deudas, escrituras y otros cualesquier resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas: á cuya prohibicion se conforma el art. 560 del Código penal reformado, que manda que caigan en comiso todas las cantidades y demás efectos.

3.° El llamado de *cuotalitis*, pacto hecho entre el abogado y el cliente de percibir aquel cierta parte de la cosa litigiosa y estensivamente mayor cantidad de la que le corresponde por sus honorarios. La ley 14, tít. VI, Part. III lo prohibe por dos razones: una *porque el abogado se trabajaria de facer toda cosa, porque la pudiese ganar, quier á tuerto, quier á derecho: otra; porque non podrian los omes, fallar abogado que en otra manera les quisiese razonar, nin ayudar, si non con tal postura: lo que seria contra derecho é cosa muy dañosa á la gente* (S. 27 Enero 1865).

4.° Los pactos comisorio y anticrético unidos á veces al contrato de mútuo y que agravan sus condiciones, haciéndole oneroso y lesivo para el deudor, como haremos notar esplicando sus circunstancias.

5.° Los de futura sucesion y alguno mas que puede consultarse en Febrero reformado, tít. XXXVIII, sec. XI.

### Artículo 4.°

*Existencia de la causa y necesidad de su espresion.*

Supuesta la existencia de una causa en todos los contratos diremos algo sobre la necesidad de espresarla.

El Derecho romano hizo la siguiente declaracion: *Sed hæc, ubi de solutione indebiti quæstio est: sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eamdem conscripsit: tunc*

*enim stare eum oportet suæ confessioni*.... (Ley 25, tít. III, lib. XXII, Dig.).

Con presencia de esta ley y su concordante, la 7.ª, título XIII, Part. III de las Confesiones, túvose por máxima que para ser eficaz la obligacion necesitaba espresarse la causa de deber.

La ley recopilada calló sobre este requisito, pero si no por su letra por el espíritu se infirió que le habia suprimido entre los demás abolidos por innecesarios.

La escuela que parecia la encargada de fijar la doctrina ha mantenido esta incertidumbre. El Conde de la Cañada opina que la espresion del contrato ó causa de que procede se consideró en lo antiguo tan esencial que el instrumento que no la contenia no producia accion eficaz ó se eludia fácilmente con la escepcion, y que si bien las leyes recopiladas removieron ciertas solemnidades, no alteraron las cosas esenciales, una de ellas la espresion de causa de que procede la accion (Parte 1.ª, cap. III, núm. 11).

Febrero al tratar de las escepciones admisibles en juicio ejecutivo dice en pro de esta opinion: la escepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pide ejecutivamente no contiene causa de deber, impide tambien la ejecucion, aunque el obligado jure el contrato, pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó por promesa, se requiere espresion de la causa de la obligacion..... La ley recopilada, declarando válida la obligacion de cualquier manera que se celebre, no afectó á lo sustancial de la obligacion, sino á la fórmula y solemnidad de palabras, de lo que se infiere que aun despues de esa ley, careciendo la obligacion de la causa de deber, y no probándola el ejecutante parece que no nacerá accion para pedir é impedirá el curso de la ejecucion por la escepcion de dolo malo.

Parladorio, Aillon y otros intérpretes fueron de distinto parecer, y su autoridad se ha fortalecido por declaraciones unánimes de dos códigos modernos. El art. 1132, C. F. declara la convencion válida, aunque la causa no sea espresa. El 1000 de nuestro Proyecto repite: que aunque la causa no se esprese en

el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

En nuestro sentir semejante circunstancia debe acompañar á los préstamos ó deudas á metálico, en cuyos contratos puede resultar hecha una entrega sin saberse por qué título ni á qué razon.

Cuando este caso ocurra la presuncion estará en contra del obligado; el que confiesa haber recibido cierta suma, reconoce por el hecho mismo que su deuda tiene causa legítima por mas que no aparezca en el vale, salvo su derecho á impugnar la causa, si es falsa ó distinta de la que se supone.

Todo contrato lleva en sí la razon de deber; pero cuando la causa, palabra, segun se ha visto, susceptible de varias acepciones, es orígen de la deuda, se toma por el contrato mismo, por la naturaleza misma de la obligacion: el préstamo no es comodato, ni el arrendamiento servidumbre, ni la donacion mútuo.

### Artículo 5.°

*Forma ó solemnidad de ciertas obligaciones.*

El requisito de mayor importancia para los romanos es entre nosotros el de menor interés: aludimos á la parte esterna de las obligaciones, su forma, su solemnidad.

La ley recopilada suprimió todos los accidentes, declarando válida, sin mas que ser cierta, toda obligacion. Acaso por su misma facilidad ocasionada á no pocos abusos, la ley ha necesitado buscar la seguridad de ciertos contratos en formas determinadas, y si ella no, los particulares las han establecido con objeto de señalar á su voluntad límites precisos. No; no vale toda obligacion, ó por lo menos, no es perfecta, contraida de cualquier modo, cuando deba reunir solemnidades especiales, ó por declaracion de la ley ó por voluntad de los contrayentes. De uno y otro caso puede haber ejemplos. El Proyecto, sin desconocer la autoridad del principio, le modifica

por el art. 1001 en los siguientes términos: cuando la ley exige espresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones no serán estas válidas si se otorgan en una forma diferente.

Las solemnidades de los contratos y designacion de los casos en que sean necesarias corresponden al órden público, el cual no puede mudarse por los pactos de los particulares. A este criterio se atemperan las siguientes escepciones:

1.° El contrato de esponsales, sobre el que, segun la ley 18, tít. II, lib. X, Nov. Rec., no podian admitirse demandas en los Tribunales civiles ni en los eclesiásticos, si no estuvieren prometidos por escritura pública.

2.° El pacto en que se estipulen réditos por causa de préstamo, el cual como previene el art. 2.° de la ley de 14 de Marzo de 1856 es nulo, si no consta por escrito.

3.° Los actos públicos y contratos de los españoles residentes en el estranjero, que para que sean válidos y produzcan efecto en los tribunales españoles, necesitan reunir las circunstancias prevenidas en el Real decreto de 17 de Octubre de 1851: una de ellas que en los puntos donde resida cónsul español, se reciban las escrituras en las Cancillerías del Consulado (ante los cancilleres), ó no habiéndolo, ante cualquiera de los funcionarios que gozan de fé pública en el país de su residencia, siempre á calidad de ser legalizadas por alguno de los cónsules, cuando hayan de acreditarse en España (Real decreto de 29 de Setiembre de 1848).

4.° El contrato de compra y venta, qne si recae sobre bienes raices, ha de ser reducido á escritura pública (Ley 14, título XII, lib. X, Nov. Rec.).

5.° Los actos y contratos que segun el art. 2.° de la ley hipotecaria deben ser inscritos en el registro de hipotecas, cuyos títulos, para cumplir con este requisito, han de estar consignados en escritura pública, ejecutorias, ó documentos auténticos espedidos por el Gobierno ó sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos (Art. 3.°).

6.° Los contratos y obligaciones de las corporaciones, pue-

blos, provincias ó el Estado, los cuales han de verificarse en los términos acordados por leyes y disposiciones administrativas como acontece en las negociaciones hechas por la Administracion, y como en materia de arrendamientos disponen las leyes del tít. XVI, lib. VII, Nov. Rec., y otras posteriores.

7.° El derecho mercantil en que no obstante quedar al arbitrio de los contrayentes celebrarlos de uno de los modos generales señalados en el art. 235 del Código de Comercio, se manda que aquellos en que se prescriban formas particulares, hayan de observarse estas bajo pena de nulidad (Art. 238).

Cuando en el silencio de la ley, los particulares hubieren estipulado que la obligacion no sea perfecta, y por lo tanto quepa el arrepentimiento mientras no se reduzca á escritura, su voluntad es firme. Lo contrario fuera negar el derecho que tienen á establecer cuantas condiciones quieran, siendo lícitas, conculcar el principio cien y cien veces repetido de que los contrayentes dan la ley á los contratos (S. 24 Noviembre 1859, y 2 Octubre 1863).

Si este requisito, como quiera que se consigne, ha de entenderse por forma ó como solemnidad esencial, de modo que su falta constituya nulidad, es cuestion que ha dividido á los intérpretes. Pero la ley de Partidas la ha resuelto en dos distintos actos: respecto á la venta por la ley 6, tít. V, y respecto al censo por la 28, tít. VIII, Part. V. Lo que presta algun apoyo á la doctrina opuesta es la ley recopilada que escluye toda solemnidad; teniendo sin embargo en cuenta, que á pesar de su vaguedad, no debe considerarse derogatoria de las leyes que antes y despues de ella señalan expresamente una condicion, parece lo mas probable que será nulo el acto cuando esta no se cumple, que es lo dispuesto por el proyecto de Código, y antes de él, por otros estranjeros fundados en el respeto debido al derecho vigente.

En el terreno en que discuten los que son de parecer contrario, el caso no ofrece dificultad, porque suponiendo que este requisito es prueba y no solemnidad del contrato, dicen que si antes de otorgarse este documento, no produce los

efectos necesarios para reclamar en juicio su cumplimiento, producirá, no obstante, una accion personal en virtud del convenio para exigir un contrayente del otro su otorgamiento. Pero á esto llaman los lógicos mudar de medio: una cosa es que, por fuerza y en virtud de la promesa, se pueda compeler á otro el que lleve á término un contrato, y otra suponer que sin haber cumplido un requisito, sea ya perfecto, y produzca verdadera obligacion. La sociedad, v. gr., no existe, no es la persona jurídica, aunque de palabra ó por papel privado algunos hayan convenido en asociarse, mientras no otorguen la escritura pública, que metafóricamente hablando, es su bautismo legal. El mismo argumento es aplicable á la venta de bienes raices, mayormente recordando los efectos que la Ley hipotecaria atribuye á la inscripcion.

## § IX.

### *Efectos de las obligaciones provenientes de los contratos.*

Dos son los efectos naturales de los contratos: el 1.° cumplir la obligacion nacida de ellos: el 2.° que solo obliguen á los contratantes, ó á los que de ellos tomen causa.

Los pactos y contratos, y las condiciones en ellos establecidas tienen entre los contrayentes autoridad y fuerza de ley, segun doctrina repetidamente establecida por la jurisprudencia (Zúñiga, Jurisp. civ., tít. prelim.). Están, pues, obligados á guardar religiosamente lo convenido como no haya vicio que lo impida, por el principio legal *pacta sunt servanda*, y por lo dispuesto en la ley 23, tít. XVII, lib. L, Dig. *(legem enim contractus dedit)*, y en la célebre del Ordenamiento.

La convencion se limita á los contrayentes ó los que de ellos tomen causa, únicos que por la manifestacion de una voluntad comun, han establecido entre sí relaciones jurídicas: *Animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona in alia re, aliave persona noceat* (Ley 27, § 4.°, Dig. de *pac.*).—*Si alguno me ficiere pleito derecho con otro, el que heredase lo suyo,*

*quier sea fijo, quier otro, sea tenido de guardarle así como el que le fizo* (Ley 3.ª, tít. XI, lib. I, F. R.).

En conformidad con estos principios la jurisprudencia ha declarado que no cabe exigir el cumplimiento de una obligacion al que no la contrajo, ni es sucesor ó causa habiente del que se comprometió (S. 8 Febrero 1847), ni puede tampoco perjudicar á una tercera persona que no haya tenido intervencion en el otorgamiento del contrato elevado á escritura publica (S. 24 Marzo 1865), por ser doctrina legal que nadie está obligado á responder de actos ajenos obrados en nombre de persona de quien no trae causa.

Para que una obligacion valga respecto á tercero que fué estraño al acto de celebrarla, debe suscribir á ella, se necesita su adhesion, porque no hay posibilidad de participar los efectos de un contrato como no sea celebrándole ó conformándose con el que otros hayan celebrado. El que acepta una obligacion contraida por otra á favor de un tercero, queda obligado á su cumplimiento, siempre que aparezca justificada por hechos posteriores la aceptacion por parte de aquel á cuyo favor se hubiere constituido (S. 24 Junio 1868).

Mas como la diversidad de objetos ocasiona diferencias en la prestacion, esplicaremos qué comprende la obligacion de dar y en qué consiste la obligacion de hacer.

### Artículo 1.º

#### *Obligacion de dar.*

En todo contrato aun de los llamados unilaterales intervienen siempre dos personas, de las cuales la una se llama deudor, la otra acreedor: veamos sus obligaciones respectivas.

Obligacion del deudor: Consistiendo en entregar aquello á que se comprometió, está obligado á hacerlo, en el lugar ó sitio convenidos, al acreedor ó á quien represente sus derechos.

Los contratos deben cumplirse en el modo y forma que en ellos fué establecido (R. C. 15 Octubre 1859).

Si tienen por objeto entregar una cantidad en metálico, solamente entregando la suma pactada, y no dando una cosa por otra, es como queda cumplida la obligacion (R. C. 16 Agosto 1848).

La obligacion cuando nada se haya pactado en contrario, comienza en el acto mismo en que se ha perfeccionado el contrato, corre de momento á momento sin deduccion de los dias festivos, como no se haya pactado lo contrario (13 julio 1868), y se estiende algunas veces á los frutos, si los produce, y aun á los intereses cuando lo que se debe es una cantidad de dinero.

De esta obligacion nacen otras dos: la de conservar la cosa cuidadosamente, é indemnizar perjuicios, si se constituye en mora. La primera aunque accesoria, porque solo puede tener efecto cuando la entrega no se hace de presente, llega á ser esencial, cuando la cosa, objeto de la obligacion es cierta y determinada, y exige diligencia proporcionada á la necesidad, en ningun caso inferior á la que pondria un buen padre de familia conforme á la teoría de las culpas.

Diferir el cumplimiento de una obligacion es constituirse en mora, cuyo resultado para el deudor puede ser en algun caso la rescision, é indefectiblemente la de abonar daños y perjuicios.

¿Y cuándo un deudor se constituye en mora? Por derecho romano y patrio en las obligaciones á plazo ó dia cierto, el simple vencimiento de este basta para caer en mora: *Si quis certo tempore facturum se aliquid promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minime hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam pœnam adjicere, quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius* (Ley 12, tit. XXXVIII, lib. VIII, Cód.): con cuya ley concuerda la 35, tít. XI, Part. V. *So cierta pena, é á dia señalado prometiendo un ome á otro de dar ó facer alguna cosa, si aquel dia no lo hubiere hecho, tenudo es de pechar la pena, ó de dar lo que prometió. E non se puede escusar, maguer el otro nunca gelo oviese demandado.*

En otras obligaciones será necesario que el acreedor le interpele ó requiera. *Mora fieri intelligitur..... si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud judicem examinabitur* (Ley XXXII, tít. I, lib. XXII, Dig.). La referida ley de Partida condena igualmente al deudor en la pena, *si non señaló dia cierto é el otro le demandase en tiempo convenible é en lugar guisado.*

De estos principios difiere el Proyecto de Código que exige el requerimiento aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó dia cierto para la entrega de la cantidad de la cosa. No dice el art. 1007 si el requerimiento ha de ser judicial; pero nuestras leyes así lo establecen.

Sus dos escepciones son tan racionales que á ellas podrian referirse los únicos casos en que las antiguas leyes prescindian de aquel requisito. Una es cuando se hubiese así estipulado en el contrato. ¿No equivalia á un pacto y no era mas que un pacto la pena de que hablan dichas leyes? La otra cuando así pudiera inferirse de la naturaleza y circunstancias del contrato. Tampoco esto es nuevo: los romanos llamaban mora *ex persona* á la que requeria prévia interpelacion; y mora *ex re*, á la que provenia de la cosa misma: *aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur* (Ley 23, § 1.°, tít. 1, libro XXII, Dig.). ¿Cómo no ha de ocurrir la mora por razon de la cosa si no existe ó no se presenta el dia que haga falta que puede ser un dia convenido? Rogron pone el siguiente caso: me he obligado á entregaros unos caballos para que los vendais en una féria que se celebra en dia determinado; si pasa el dia de la féria sin hacer yo la entrega, caigo en mora. Ejemplo parecido es el de la mensajería que cita la ley 44, tít. XIV, Part. V.

En el caso de que por una disposicion legislativa se hallen en suspenso la duracion de un contrato y sus efectos, no puede imputarse á los interesados en él la falta de cumplimiento del mismo (R. C. 30 Octubre 1863).

La obligacion del deudor se convierte para el acreedor en derecho á pedir la cosa objeto del contrato: su accion es personal como proveniente del contrato que no trasfiere el domi-

nio como no vaya acompañado de la entrega; cuya doctrina que no es aquí mas que un corolario de principios que en otra parte hemos espuesto, produce sus consecuencias, si el deudor faltando á su obligacion, dispone de su cosa á favor de terceras personas.

### ARTÍCULO 2.°

*Naturaleza de la obligacion de hacer.*

No solo las cosas sino aun los actos aislados de la persona pueden ser materia de contrato y de manera bien diversa, porque, ó consiste en no hacer, en una omision, lo que se llama prestacion negativa; ó en hacer, que es la prestacion positiva. El último caso es el mas frecuente, pero tampoco el otro carece de utilidad. Una persona puede prometer que ella ó sus herederos no impedirán á otra tercera poseer cierta cosa; ir ó pasar por una propiedad suya. El propietario de un terreno contiguo á un rio puede comprometerse á no pescar en beneficio de su vecino, que podrá de este modo sacar mas peces. Nuevo ejemplo es el del industrial que temiendo la concurrencia de un tercero en el lugar en que se ha establecido, exige de él la promesa de que no ejercerá su industria. SAVIGNI.

Conocida la índole de las prestaciones, estudiaremos sus efectos relativamente al deudor y al acreedor.

La persona que se ha comprometido á hacer alguna cosa, falta si no la hace como es su obligacion, ¿cuál es el medio de compelerle al cumplimiento?

Los romanos, esclavos de la obligacion, exigian su cumplimiento de la manera ó en la forma que habia sido contraida.

Si hay testos redactados en diverso sentido: *nemo precise cogi potest ad factum:* lo que ha dado lugar á que algunos comentaristas, el mismo Bartolo, sostengan lo contrario, es porque pudiendo no interesar al acreedor la prestacion del hecho, pasada la oportunidad, como la siembra de un campo despues de la es-

tacion, se creyó preferible indemnizarle pagándole daños y perjuicios, no porque fuese obligatorio este estremo, pues el acreedor tenia y debia tener la eleccion. *Debelo apremiar el juez que lo faga así como fué puesto é lo prometió* (ley 13, tít. XI, Partida V.; 5.ª, tít. XXVII., Part. III). Segun la ley 5.ª, tít. VI, Part. V, para que la obligacion de hacer no cumplida, se convierta en la de abonar daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño (R. C. 30 Junio 1865).

El medio propuesto por el Proyecto de Código está aconsejado como el mejor en la práctica: cuando el obligado á prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa. Lo mismo se observará si lo hiciere contraviniendo en el modo á lo pactado (art. 1008): porque en efecto tanto vale no hacer una cosa, como hacerla mal: *qui facit quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est* (121 de *reg. jur.*).

Lo propio debe decirse respecto á la obligacion de no hacer. Si por ejemplo habiéndose constituido una servidumbre de no levantar mas alto una pared, se contraviniera á esta obligacion, puede pedirse que se derribe la obra, ó que se destruya lo mal hecho.

Espuestas las obligaciones del deudor, están conocidos los derechos del acreedor. El proyecto de Código supone que lo mismo que en la obligacion de dar, se necesita en este caso el requerimiento para constituir en mora al deudor y con la advertencia de que haya de concederse un tiempo proporcionado. Pero es inútil cuestionar en este punto: la Ley de Enjuiciamiento tiene reglas precisas sobre el cumplimiento de las sentencias y modo de sustanciar los interdictos.

## § X.

### *Causas de responsabilidad de los contrayentes.*

Las causas de responsabilidad ó que pueden dar lugar á indemnizacion son cuatro: 1.ª el dolo: 2.ª la negligencia: 3.ª la

contravencion á lo pactado: 4.ª morosidad en el cumplimiento del contrato.

### Artículo 1.°

*Responsabilidad por dolo.*

Esta responsabilidad tiene lugar en todos los contratos: de modo que el que por dolo dé motivo á que se pierda ó perezca una cosa, pudiendo evitarlo, está obligado á resarcir daños y perjuicios. *Dolum omnes contractus recipiunt seu quod idem est in omni contractu dolus præstatur* (Ley 5.ª, § 2.°, D. Com. 23, de *reg. jur.*). Conciertan la 6.ª y siguientes tít. XVI, Part. 7.ª

Por tratarse de un acto ilícito está reprobado, segun antes hemos visto, el pacto renunciando el dolo futuro: *non valere, si convenerit ne dolus præstetur* (23 de *reg. jur.*).

El pacto sobre dolo ya cometido vale, porque su objeto no es otro sino el de fijar el importe de la indemnizacion de daños y perjuicios. *Los engaños fechos antes de la promision se pueden quitar por pleito..... non los que pudiesen facer despues del dia en que fué fecha la promision..... porque los tales pleitos podrian dar carrera á los omes de mal facer* (Ley 29, tít. XI, Part. V).

### Artículo 2.°

*Responsabilidad por negligencia.*

Ley XI, tít. XXXIII, Part. VII. [1]*Dolus tanto quiere decir en romance como engaño.* [2]*E lata culpa tanto quiere decir como grande é manifiesta culpa, asi como si algun ome non entendiese todo lo que los otros omes entendiesen ó la mayor partida dellos. E tal culpa es como necedad que es semejanza de engaño. Esto seria como si algun ome tuviere en guarda alguna cosa de otro, é la dejase en la carrera, de noche, ó á la puerta de su casa, non cuidando que la tomaria otro. Ca si se perdiese, seria por ende*

*en gran culpa de que non se podria escusar. Esto mismo seria, cuando alguno cuidase facer contra el mandamiento del señor sin pena, ó si ficiese otros yerros semejantes.* [3]*Otrosí y ha otra culpa que dicen levis, que es como pereza ó negligencia.* [4]*Otra y ha que dicen levissima, que tanto quiere decir como non haber ome aquella femencia en aliñar é guardar la cosa que otro ome de buen seso auria si la tuviese.* [5]*Otrosí casus fortuitus tanto quiere decir en romance como ocasion que acaesce por aventura, de que non se puede ante ver. E son estos: derribamientos de casas é fuego que se enciende á so ora, é quebrantamiento de navio, fuerza de ladrones ó de enemigos.....*

No solo obligan á indemnizacion los daños cometidos por dolo sino los que provienen de la negligencia; con la particularidad que esta admite grados, puede ser mas ó menos vituperable, como afirma la ley distinguiendo varias especies de culpa.

Esta materia ha sido tratada con estension, mas no con uniformidad por los autores, lo cual nos obliga á recordar sus opiniones señalando la teoría que parece mas aceptable respecto á las reglas que se deben seguir para la prestacion de culpas.

Prescindiendo del dolo, solo indicado por la ley, y del cual en otro lugar hemos tratado, vemos que distingue tres clases de culpa: la lata, leve y levísima.

En su graduacion toma por base la mayor ó menor diligencia de los padres de familia: los hay completamente abandonados, simplemente diligentes, que es la generalidad de los hombres, y diligentísimos. Hacer lo que los primeros: *non intelligere quod omnes intelligunt*: constituye culpa lata: no hacer lo que los segundos es culpa leve; no hacer lo que los últimos, es culpa levísima.

La anterior clasificacion ha sido unánimemente admitida por los intérpretes del derecho: es la de Acursio, Alciato, Cujas, Duaren, Vinio y Heinecio; la misma que siguen Antonio Fabro y otros, á pesar de haberla censurado. Hoy es cuando mas se combate.

En opinion de algunos jurisconsultos solo hay dos especies de negligencia, y por lo tanto dos especies de culpa: una que se mide y se gradúa por la que acostumbra emplear un hombre atento á sus deberes: *qualem diligentiam paterfamilias adhibere solet;* y otra, que se mide por la que el deudor de quien se exige ó que ha de prestarla, acostumbra á emplear en sus propios negocios: *rebus suis consuetam diligentiam.*

Autores respetables conservan la antigua doctrina, porque no ven inconveniente en reconocer tres clases de faltas, en distinguir entre la diligencia exacta y la exactísima, pero son los menos.

El discurso 59 contiene el siguiente párrafo: la division de las faltas es mas ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar de ella será necesario á cada falta que ocurra, poner en claro si la obligacion del deudor es mas ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intencion al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia de juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas para fallar conforme á equidad. La teoría de la division de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo puede servir para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones. La misma equidad se resiste á ideas sutiles, pues su rasgo característico es aquella sencillez que cautiva el corazon á la par que el entendimiento.

Si se atiende á la ley escrita, de hecho la revolucion está consumada en los Códigos: como escepcion se citan el Bávaro, que conserva la triple division romana, y el Prusiano, que divide la culpa en ligera y grosera.

Lo grave es la parte de aplicacion, y tambien vamos á ver que la crítica no ha olvidado este estremo.

La jurisprudencia habia formulado reglas sino infalibles bastante exactas acerca de la prestacion de culpas: para el efecto dividió los contratos en tres clases: unos en que la utilidad es solo del que recibe la cosa: otros en que lo es de ambos contrayentes; y otros en que solo es de su dueño.

En los contratos celebrados por interés esclusivo del acreedor no se exige del deudor mas que la buena fé, y por consiguiente solo está obligado á la culpa lata: así acontece en el depósito: el depositario es responsable de la cosa si hubiera perecido ó deterioradose por negligencia muy próxima al dolo que consistiria en haberla descuidado por completo.

Pothier señala dos escepciones á esta regla: una es en el contrato de mandato: otra en el cuasi contrato *negotiorum gestor*. En estos actos aunque verificados los dos por utilidad de la parte, cuyo negocio se promueve, se exige del mandatario ó del gestor no solo la buena fé sino un cuidado proporcionado al mismo negocio: la razon consiste en que la gestion que constituye su objeto exige naturalmente cierto esmero y se presume que el que de ella se encargue, lo hará con la debida diligencia: *Spondet diligentiam gerendo negotio parem*.

En los contratos y cuasi contratos verificados por interés recíproco de las partes, tales por ejemplo, como el contrato de compra-venta, arrendamiento, sociedad, prenda, se ha de poner en la conservacion de la cosa, objeto del contrato, el cuidado que todo hombre prudente emplea por lo comun en sus cosas; y en su consecuencia el deudor está obligado á la culpa leve.

En los contratos verificados por interés exclusivo del que ha recibido y está obligado á volver la cosa objeto del contrato, se ha de poner en la conservacion de ella el cuidado mas exacto, y el deudor está obligado á la culpa levísima; así sucede en el comodato: el comodatario es responsable si la cosa pereciera ó se menoscabase por no haber puesto el mayor cuidado posible en precaver la pérdida ó el deterioro.

En lugar de estas reglas los autores á que antes aludiamos proponen las siguientes: cuando la cosa objeto del contrato pertenece esclusivamente al acreedor á quien el deudor tiene un dia que devolverla, el deudor necesita emplear en la conservacion de esta cosa el cuidado propio de un diligente padre de familias, sin reparar en que el contrato tenga solo por objeto su interés ó el de ambos contrayentes. El comodatario, por

ejemplo, no está obligado á poner en cuanto á la cosa prestada otra diligencia que la que se exige al locatario respecto de la que tiene en alquiler: los dos han de cuidar de sus cosas con el interés de un hombre solícito de sus propios negocios: igual ha de ser la diligencia de un vendedor en conservar la cosa que debe al comprador, y de un administrador en las cosas de su administracion.

Cuando las cosas objeto del contrato pertenecen en comun á las partes contratantes, no puede pretenderse de ninguna de las partes por la gestion de las cosas de que se deben cuenta recíproca, otra diligencia que la que acostumbran á poner en sus propios negocios: *rebus suis consuetam diligentiam*. Es la que se exige de la persona encargada de dar cuenta en las acciones *pro socio*, *familiæ erciscundæ* y *communi dividendo*.

Desenvuelve esta teoría M. Lebrum, abogado de Paris, en una disertacion titulada *Ensayo sobre la prestacion de culpas*: Pothier la aplaude porque es ingeniosa y erudita; pero haciendo notar sus inconvenientes. Como sin estendernos demasiado no podriamos penetrar en la materia, remitimos al lector á este trabajo puesto por apéndice á las obras de Pothier con notas de Bugnet.

Como síntesis presentaremos la resolucion de dos códigos modernos.

El francés declara: la obligacion de velar por la conservacion de la cosa, sea que la convencion tenga por objeto la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto una utilidad comun, obliga al que la tiene á poner en ella todos los cuidados de un buen padre de familia..... Esta obligacion es mas ó menos estensa relativamente á ciertos contratos (Art. 1137).

Sobre la inteligencia de este artículo hubo allí diversidad de pareceres; Rogron le cree demasiado positivo en su primera parte, sobre todo si se completa con el discurso del orador del Gobierno para sostener todavía la distincion de las antiguas faltas: nadie, dice, responde ya sino de la falta leve que consiste en no poner todos los cuidados de un buen padre de familia, como no sea en aquellos casos que la ley haya dispuesto otra cosa.

El art. 1005 del Proyecto decide: el obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.....

Goyena dice: pedir mas al deudor seria la mas injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos equivale á renunciar abiertamente á la justicia y á la delicadeza: la regla es general para todos los contratos, el artículo no da entrada á la escepcion del Código francés: la espresion como un buen padre de familia es feliz y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo...

Nosotros hallamos ventaja en la antigua division, porque da mayores medios de proporcionar la responsabilidad de la culpa, principio ineludible en toda ley que tenga tendencia penal; pero siendo cierto que pueda ofrecer en la práctica alguna dificultad, no repararíamos en sustituir á esas reglas la del Código: el ejemplo del buen padre de familia es de buen orígen y ejemplo práctico y seguro, unido al prudente y justificado arbitrio del juez.

*Caso fortuito:* en latin se llama tambien fuerza mayor y se define el que no ha podido preverse, ó previsto no se ha podido evitar.

La regla es que no se preste el caso fortuito: *animalium vero casus, mortes, quæque sine culpa accidunt, fugæ servorum, qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudes, impetus prædonum à nullo præstantur* (23 de *reg. jur.*).

Mas para eximirse de responsabilidad, cuando la cosa haya perecido por un accidente de esta especie es menester acreditarlo, como, respecto á la cosa dada en prenda, lo exige la ley 20, tít. XIII, Part. V. *Pero este que tomó la cosa á peños, debe probar la ocasion, por que dice que se perdió la cosa.*

Nada impide celebrar un contrato á todo riesgo, por lo cual las leyes conceden que pueda pactarse el caso fortuito. Ley 6.ª, tít. XXIV, lib. IV, C.; *quæ fortuitis casibus accidunt nullo bonæ fidei judicio præstantur..... nisi inter contrahentes placuerit:* Las leyes 3.ª, tít. II, y 8.ª, tít. VIII, Part. V hacen declaraciones parecidas.

Tambien se presta el caso fortuito, cuando hubiera habido

culpa ó tardanza por parte del deudor en entregar la cosa: como consta de las leyes 3.ª, tít. II; 4.ª, tít. III; 27, tít. V, y 8.ª, tít. VIII, Part. V.

### Artículo 3.°

*Contravencion á lo estipulado.*

Siendo resultado del contrato la obligacion de prestar el hecho ó entregar la cosa, dicho se está que sujeta á indemnizacion faltar á lo estipulado en cuanto á la prestacion del hecho, y no entregar la cosa en el lugar y sitio convenidos.

Esto, que tiene lugar en la falta absoluta, es aplicable á la que llamariamos relativa en caso de tardanza y morosidad. Se incurre en ella en las obligaciones á plazo ó á dia cierto desde el siguiente á su vencimiento y en las contraidas á dia incierto ó sin señalar tiempo desde el dia en que pida su cumplimiento el deudor.

La falta de cumplimiento á lo estipulado obliga á la indemnizacion de daños y perjuicios; la ejecutoria que así lo declare no infringe la ley 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., ni la 4.ª del Cód. de *obligat. et act.*, ni la 72 y 112, § 1.°, Dig. de *verb. oblig.* (S. 21 Setiembre 1866).—Con arreglo á lo dispuesto en la 10, tít. I, Part. V, el que no entrega la cosa prestada á la sazon que debia, está obligado á pechar los daños y menoscabos que haya recibido el dueño en demandar la cosa que prestó; pero cuando no se incurre en mora, no tiene obligacion el deudor de pagar dicha indemnizacion (S. 29 Abril 1868).

¿Deberá preceder siempre el requerimiento del deudor? Conforme al Proyecto de Código indudablemente; pero el Código no es derecho escrito, y ya hemos visto qne las leyes 18 y 35, tít. XI, Part. V, proceden bajo una distincion que hace presumir lo contrario.

## § XI.

## *Resarcimiento de daños y perjuicios.*

### Artículo 1.°

#### *Definicion de estas palabras.*

Estas voces, aunque al parecer sinónimas, tienen significacion propia; equivalen al *lucro cesante* y *damno emergente* de los moralistas. La ley 13, Dig. *Rem rat. hab.* consigna: *quantum mea interfuit; id est: quantum mihi abest quantumque lucrari potui.*

La 1.ª, tít. XV, Part. VII, define el daño: *empeoramiento menoscabo ó destruimiento que ome rescibe en sí mismo, ó en sus cosas por culpa de otro.* La 3.ª, tít. VI, Part. V, que emplea las dos palabras: *daños é menoscabos:* declara: *é estos menoscabos atales llaman en latin interesse:* por manera que daño conforme al sentido de esta ley es el valor de la pérdida que uno ha esperimentado, y perjuicio el valor ó el tanto de la ganancia, utilidad ó interés que ha dejado de percibir. La misma esplicacion hace el Proyecto de Código (Art. 1015).

### Artículo 2.°

#### *Límite de esta indemnizacion.*

Para determinar hasta donde se estiende la obligacion que tiene el deudor de reparar los daños conviene distinguir los casos de que proceden, estudiando: 1.° si proceden de dolo por parte del deudor: 2.° si la obligacion de este versa sobre pago de una cantidad que recibió en préstamo: 3.° si se espresaron los daños que debian abonarse: y 4.° si se pactó pena por via de indemnizacion.

La regla es: no estender indefinidamente sus efectos, porque si se abriera la puerta, de uno en otro, podia formarse una escala de perjuicios que no tuviesen fin. El dolo es el mas

reprensible, el menos digno de consideracion; y á pesar de eso, la indemnizacion no debe esceder de los daños *conocidamente* ocasionados por él.

Por daños conocidos, en la imposibilidad de prestar regla mas segura, entiende el Código los que tal concepto merezcan al prudente arbitrio del juez, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata, inevitable.

Si se tratare de daños ocasionados por otras causas, que no fuesen un fraude y los contrayentes no hubieran pactado indemnizacion para el caso de incumplimiento, entonces el resarcimiento de los daños ó perjuicios solo comprenderá los que sean consecuencia inmediata y necesaria de esa falta. Esta regla no será completamente clara, pero es la única posible en una materia mas de prudencia que de ley. Justiniano la estableció como medio de poner coto á injustas reclamaciones, y los modernos códigos la copian porque no han acertado á sustituirle cosa mejor. Laméntase el Emperador en el tít. XLVII, lib. VII del Código del abuso en suponer perjuicios imaginarios, y dice: *in casibus incertis... quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus, et immodicis perversionibus, in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat.*

Paulo puso en el verdadero lugar esta doctrina resolviendo dos casos que pueden servir de ejemplo: compré vino (dice) y no se me entregó, no se reputará daño ó lucro cesante el que yo habria podido venderlo y negociarlo con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta pude dejar de negociar.—Compré trigo, y por no habérseme entregado, murieron de hambre mis esclavos: no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo ó vino desde que debió serme entregado: porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*, y su pérdida es consecuencia inmediata, necesaria del contrato: la muerte de los esclavos es cosa estrínseca, accidental, ajena del contrato y que además pude evitar (Ley 21, § III, tít. I, lib. XIX, Dig.).

Si la obligacion consistiera en el pago de cantidad determi-

nada, y el deudor cayese en mora, debe abonar el interés al rédito legal, en defecto dé uno convencional, porque si le hubiesen estipulado y trascurriese el tiempo señalado sin devolver la cantidad, el interés se proroga. Esto, cuando menos, que en sentir de algunos tratadistas debe pagar además una cantidad por via de indemnizacion, pues el rédito es ley del contrato, lo cual no cubre la indemnizacion, que es ley del perjuicio: así lo resuelve el art. 1017, P. C.

La estipulacion de la pena por via de indemnizacion da derecho al acreedor á pedir el cumplimiento del contrato y por su falta el pago de la pena. Esta se dirige á asegurar la ejecucion de la obligacion principal, no á estinguirla ni novarla. *Venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si ex stipulatu pœnam consecutus fuerit, ex vendito agere non potest* (Ley 28, título I, lib. XIX, Dig.).

Las dos cosas juntas no se pueden reclamar si no ha precedido pacto. *Cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur* (Ley 115, § 2.° fin., tít. I, lib. XLV, Dig.).

*Maguer la pena sea puesta en la promision, non es tenudo el que la face de pecharla, é de facer lo que prometió; mas lo uno tan solamente. Fueras si cuando fizo la promision, se obligó diciendo que fuese tenudo á todo; á pechar la pena é á cumplir la promision* (Ley 34, tít. XI, Part. V).

## § XII.

### *Interpretacion de los contratos.*

La dificultad en la inteligencia de los contratos puede provenir de varias causas: ó de haber omitido los contrayentes ciertas cláusulas, ó de haberlas espresado mal, ó de hallarse unas con otras en oposicion. Para remediar estos defectos, muchos de los cuales no se pueden precaver, pues son hijos de nuestra debilidad, la jurisprudencia ha establecido reglas de interpretacion, de las que vamos á ocuparnos.

1.ª Se consultará la comun intencion de los contrayentes mas bien que al sentido estrictamente literal de las palabras.

*In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit* (Ley 219, Dig. de *verb. sign.*).

*Prior atque potentior est quam vox, mens dicentis* (Ley 7.ª, al fin., título X, lib. XXXIII, Dig.).

Lo consignado por escrito puede ser inexacto y conducir al absurdo, y en los contratos antes se ha de consultar la verdad de la cosa que la escritura: *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet* (Ley 1.ª, tít. XXII, lib. IV, del Cód.).

Si los contrayentes hubiesen puesto en ejecucion el contrato, los hechos posteriores contribuyen poderosamente á fijar su sentido: la manifestacion por hechos es mas enérgica que la de palabras: *Potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit sequendum* (Ley 6.ª, tít. I, lib. XVIII, Dig.).

Muchos casos ocurren de tener que suplir omisiones consultando la naturaleza del contrato, y los motivos de su celebracion. Pothier cita el siguiente ejemplo: Doy en arriendo la mitad de mi casa á Pedro por mil reales: cumplido el contrato, le renuevo en estos términos: doy en arriendo mi casa á Pedro por el precio estipulado en el contrato anterior. A pesar del defecto de espresion del segundo arriendo. pues solo he dicho casa, es clara mi intencion de no arrendar mas que la mitad.

Los contratos deben calificarse por las cláusulas esenciales que comprendan, mas bien que por el nombre que les dieren las partes al tiempo del otorgamiento (R. C. 28 Enero 1859).

Cuando las condiciones estipuladas en un contrato son claras en su tenor, no hay necesidad de recurrir á interpretaciones que solo autoriza la ley cuando la oscuridad ó la duda las haga absolutamente necesarias para una justa resolucion (R. C. 11 Abril 1865).

2.ª La cláusula susceptible de dos ó mas sentidos debe entenderse en el mas adecuado para que surta su efecto, y el mas conforme á la razon y á la verdad.

Este principio es de ley: lo consignan algunas romanas, y lo aclaran otras de Partida por medio de ejemplos.

La 12, tít. V, lib. XXXIV, Dig. dice: *Quoties in actionibus aut*

*in exceptionibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat. Quoties idem sermo duas sententias exprimit: ea potissimum excipiatur quæ rei gerendæ aptior est* (67 de *reg. jur.*).

La 25, tít. XI, Part. V, propone el siguiente medio de interpretar una proposicion ambigua: si prometo pagar en determinado dia tal cantidad en cierta ciudad, y hay dos de un mismo nombre, debe entenderse de la mas cercana, no de la otra á la que no se pudiese llegar el dia señalado: si no se fijó dia, se entiende de la ciudad que hay en el reino donde fué hecha la promesa.

La 2.ª, tít. XXXIII, Part. VII, contiene ejemplos análogos á los dos estremos de esta regla.

[1] *Si la postura sobre que es la dubda es atal que no puede valer si non segun el entendimiento de una parte, é non segun la otra: estonce la debe interpretar é declarar segun el entendimiento de la parte, porque puede valer la postura é non segund la otra.* Cita por ejemplo el mismo caso, decidido en la ley 25.

[2] *Si la dubda fuera tal que pudiera valer segun el entendimiento de ambas partes: entonces el juez debe tomar el que mas se acerque á la razon é á la verdad. Esto seria como si algun ome comprase de otro alguna cosa por precio de mil maravedís, é el vendedor dijese que su entendimiento era que estos maravedís fuesen de los negros, é el comprador que eran de los blancos: si tal dubda no se pudiese averiguar por carta nin por testigos, debe el juzgador catar si la cosa vendida puede valer tanto cuanto alguna de las partes dice, é non mas: é segun eso, debe declarar tal dubda, é dar su juicio.*

Segun las reglas para la interpretacion de los contratos en vez de buscarse, deben rehuirse las soluciones que den por resultado el que aquellos no puedan valer (R. C. 25 Febrero 1865.)

3.ª Las cláusulas del contrato deben interpretarse unas por otras, dando á cada una en particular el sentido que resulte del conjunto de ellas. Las cláusulas de un contrato tienden á un mismo fin y se completan unas á otras; por eso nos parece

muy puesta en razon la anterior regla que encontramos en el derecho romano: *Item earum quæ precedunt vel quæ sequuntur summarum scripta sunt spectanda* (Ley 50, § 3.°, lib. XXX, Dig.).

La 126 Dig. de *verb. sign.* trae este ejemplo: en un contrato de venta se habia dicho por la primera cláusula que la heredad se vendia libre de cargas: *uti optimus maximus*: en la segunda se espresó que el vendedor entendia que no respondia sino de sus hechos: la segunda cláusula destruye la generalidad de la primera en estos términos: que el vendedor por dicha primera cláusula no quiso espresar ni prometer otra cosa, sino que él no habia gravado con ninguna carga la heredad, y que respondia de las que él hubiese impuesto; pero que no aseguraba que estuviese libre de las que hubiesen impuesto sus antecesores sin conocimiento suyo.

No infringe la ley del contrato, y por consecuencia la 1.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., la sentencia que al interpretar lo convenido se atiene al pacto posterior estendido á continuacion del primitivo contrato, y por el cual se modificaba este esencialmente (R. C. 21 Octubre 1865).

4.ª Cuando por estos medios no puede fijarse la interpretacion de un contrato, hay que deducirla por el uso ó la costumbre de la tierra.

*Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod, actum est, aut si non pareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur, quod in regione in qua actum est, frecuentatur* (Ley 34, Dig. de *reg. jur.*). Podriamos citar otros textos de aquel derecho en apoyo de esta regla; pero es tan universal y justa que frecuentemente se omiten ciertas circunstancias en los contratos por creerlas sobreentendidas: no hay un arriendo que no lleve implícita esta condicion.

Si ajusto, dice Pothier, un trabajador en una cantidad para cultivar mi viña, sin esplicarme en cuanto al número de las labores, se entienden comprendidas las que son de uso en el país.

Si se emplean palabras genéricas para representar el valor, el peso ó la distancia, la regla es entenderlas como suenan y con el significado que les da la costumbre.

5.ª Las cláusulas de uso comun deben suplirse en los contratos aun cuando no se haya hecho espresion de ellas.

El uso es de grande autoridad para interpretar los contratos, supliendo las cláusulas que por usuales ó corrientes se hayan omitido. *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* (Ley 31, § 20, tít. I, lib. XXI, Dig.). En el contrato de arrendamiento, aunque no se esprese que el alquiler se pagará por plazo y que el arrendatario está obligado á pequeñas reparaciones, estas cláusulas se sobreentienden.

Sin embargo, para fijar los límites de una obligacion consignada en escritura pública, ha de atenderse al tenor de sus condiciones, sin que sea exigible ninguna otra que no hubiese sido pactada. Caso de que se exija se infringe así el contrato mismo como el principio legal de la eficacia de las convenciones en la manera que aparezca haber sido estipuladas (R. C. 11 Noviembre 1864).

6.ª En caso de duda una cláusula debe interpretarse contra la parte que por su falta de esplicacion hubiere ocasionado la oscuridad, y si eso no fuere posible, se interpretará del modo mas favorable al obligado.

En Pothier lo mismo que en el Código francés esta duda se resuelve en contra del estipulante por ser mejor su condicion. Y como en el Digesto se encuentra la confirmacion de todas opiniones, en apoyo de esta vemos citadas varias leyes: la 38, § 18, Dig. de *verb. oblig. In stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt;* la 99 del mismo título: *Fere secundum promissorem interpretamur;* la 39, tít. XIV, libro II: *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit, nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

Pero nuestra regla y estos casos dicen la misma cosa: la duda se interpreta aquí en contra del estipulante ó vendedor por suponer, como es así, que ellos por su culpa dieron causa á la oscuridad.

Esa distincion es necesaria si se han de interpretar los contratos con imparcialidad, porque puede ser el obligado el que buscó y procuró la ambigüedad para sustraerse por este medio

al cumplimiento de la obligacion, y no seria lícito que le aprovechara el fraude en perjuicio del acreedor confiado ó condescendiente. Preferimos, pues, la doctrina de estos textos y sobre todo la doctrina de nuestras leyes; una hay que decide este caso singular: ley supletoria y la última á que se debe acudir mientras haya otras menos lesivas. *El juzgador debe interpretar la dubda contra aquel que dijo la palabra, ó el pleito escuramente, á daño del, é á pro de la otra parte* (Ley 2.ª, título XXXIII, Part. VII).

La 5.ª del mismo título añade: debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale:..... *si mandase alguno cien dineros ó otra cuantía, se han de entender dineros de la menor moneda que corriese en la tierra.* Verdad es que la ley habla de legados; pero el Sr. Goyena observa perfectamente que las leyes de esta seccion, como fundadas en razon y justicia, son aplicables lo mismo á las últimas voluntades que á los contratos.

Con arreglo á lo dispuesto en la ley 2.ª, tít, XXXIII de la Partida VII, cuando son dudosas las palabras de un contrato, deben ser interpretadas contra quien dijo la palabra ó el pleito oscuramente (R. C. 28 Diciembre 1864).

7.ª Por generales que aparezcan los términos de una convencion no comprenderá cosas diversas de aquellas sobre que aparezca que las partes se propusieran contratar: *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur* (Ley 9, § fin., Dig. de *Trans.*). En consecuencia, si Pedro y yo hemos transigido por cierta suma una obligacion, no se dirá que se estiende á otra clase de derechos que tenia con él, pero que ignoraba al tiempo de transigir. *His tantum transactio obest de quibus actum probatur, non porrigitur ad ea quorum actiones competere postea compertum est* (dicha ley.)

Para la inteligencia de los contratos debe estarse á los términos en que se hallen redactados, sin estenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado espresamente (R. C. 30 Diciembre 1864).

8.ª Cuando el objeto del contrato es un compuesto de diversas partes, la denominacion dada al todo comprende todas

las partes que le forman. Si yo convengo con Pedro en cederle y abandonarle por cierta suma toda una herencia, no puedo desentenderme de su obligacion, impugnarla á pretesto de que comprende mas cosas de las que creia ó muchas que ignoraba: la sucesion es título universal, y no podia desconocer que cediéndola renunciaba al todo: *sub prætextu specierum post repertarum, generali transactione finita rescindi prohibent jura* (Ley 29, Cód. de *Trans.*). Hablamos en el caso de que no se haya procedido con fraude: un coheredero, por ejemplo, que hubiera ocultado las cosas, etc. etc.

9.ª La espresion de un caso se estima hecha por vía de ejemplo á no ser que aparezca claramente haberse verificado con objeto de limitar la estension de la obligacion.

*Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt... non solent quæ abundant vitiare scripturas* (Leyes 81 y 94, Dig. de *reg. Jur.*).

10. En los contratos, lo mismo que en los testamentos, la cláusula concebida en plural se descompone en otras particulares. Por ejemplo: yo hago una donacion á Pedro y Juan, mis criados, y digo que despues de su muerte sin hijos, me devuelvan las cosas donadas á mí ó á mi familia: esto quiere decir que cada uno de los donatarios en su respectivo caso restituirá la suya.

11. La conclusion de una frase se refiere á toda ella, no á la palabra que inmediatamente la precede; en el supuesto de que convenga en género y número á toda la frase. Yo vendo, por ejemplo, una granja, y digo que la venta se entiende con todo su contenido, trigo, semillas, frutos y vinos recogidos de ella en este año: los términos recogidos en ella, hacen referencia á toda la frase, no solo á los vinos; en consecuencia se entienden escluidos de la venta los trigos y vinos añejos. Si en vez de esto redacto la frase en singular diciendo, y el vino que en ella se ha recogido este año, entonces solo se refiere al vino, pero no á las demás cosas vendidas.

Estas máximas carecen de método en los códigos, incluso el de Comercio que es el mas completo; pero existen, y no son

las únicas, en el magnífico título del Digesto de las reglas del derecho; allí están como dice Goyena, para servir de ornato y cimiento de la legislacion romana: de allí se han tomado para consignarlas en el proyecto del Código civil.

Las doctrinas de que en todo contrato la voluntad de los contratantes es ley en la materia; que cuando resulta acreditada una obligacion es ineludible su cumplimiento por el que la contrajo; y que las palabras que se usen en ellos deben entenderse llanamente y como suenan, solo tienen lugar cuando no se suscite duda alguna sobre la verdadera inteligencia del contrato; pues en tal caso el juzgador combinando entre sí las diversas cláusulas que comprenda, y combinándolas tambien con las pruebas que durante el juicio hubieren practicado las partes, debe fijar su verdadera inteligencia, ateniéndose para ello mas especialmente al objeto ó fin que se propusieran los contratantes al celebrar el contrato, que á las palabras de que usaron para consignarlo (R. C. 17 Setiembre 1866). (Véase Ortiz de Zúñiga, Jurisp. Civ., part. 1.ª, lib. V, tít. I, cap. XI).

## SECCION III.

### DIFERENTES CLASES DE OBLIGACIONES Ó MODOS DE CONTRAERLAS.

La esencia del contrato es siempre una y la misma: producir una obligacion; su forma varia; subordinada á la voluntad de los contrayentes que es ley en la materia, en ella tiene orígen la diversidad de obligaciones admitidas en la práctica y por el derecho.

Sus principales especies son las que siguen: Puras ó condicionales: á plazo ó sin él; coyuntivas ó alternativas: solidarias ó mancomunadas: divisibles ó indivisibles y con cláusula penal.

Aunque el proyecto de Código coloca la primera la division en reales ó personales, no la analizamos por ser corolario del principio de que el que contrae lo hace para sí y para sus herederos.

## § I.

## *Primera division en puras y condicionales.*

### Artículo 1.°

### *Obligaciones puras.*

Los autores no dan una definicion esencial de la obligacion pura: defínenla aunque sin necesidad, por contraposicion á la obligacion condicional y á plazo.

Ley 12, tít. XI, Part. V.—[1] *Valederas promisiones pueden ser en tres maneras. La primera es cuando alguno promete á otro de dar ó facer alguna cosa, non poniendo y condicion, nin señalando dia para cumplir aquello que promete: é esta es llamada en latin pura. Cui nec conditio, nec dies vel tacite insit.*

Su principal efecto consiste en que desde luego se debe y puede pedir la cosa sobre que versa sin mas limitacion que la natural del contrato: *Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies* (Ley 213 de *verb. sign.*).

No puede exigirse en el acto, cuando la naturaleza de la cosa demanda tiempo para su cumplimiento; menos todavía cuando hubiera de resultar ilusoria, si recayendo sobre cosa necesaria al deudor, se le negara tiempo ó espacio para aprovecharla.

Conduce á este propósito recordar la ley 13, tít. XI, Partida V de que en otra ocasion hemos hecho mérito. «*Obligándose un ome á otro de dar ó facer alguna cosa por promision, llamada pura..... el juez debe asmar segun su alvedrio fasta cuanto tiempo seria cosa aguisada para poder cumplir lo que prometió aquel que se obligó.....*

Resulta á primera vista oposicion entre ser una obligacion pura y quedar á arbitrio del juez la designacion del plazo para cumplirla: *quoties autem in obligationibus dies non ponitur præsenti die pecunia debetur;* pero no se evitarian los inconvenientes antes espuestos, si entendiéramos las palabras literalmente; por lo que

en el comercio, donde las transacciones son mas frecuentes y perentorias, el Código establece que las obligaciones son exigibles á los diez dias, si solo producen accion ordinaria, y al dia inmediato si traen aparejada ejecucion (Art. 260).

Respecto del mútuo, cuyo contrato seria inútil para el deudor si el acreedor pudiese desde luego pedirle la cosa, la ley 2.ª, tít. I, Part. V, fija el mismo plazo de diez dias. *E si el plazo non fué puesto debegela dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada.*

Las disposiciones legales que tratan de los contratos condicionales no tienen aplicacion á los puros (R. C. 9 Noviembre 1859).

## Artículo 2.º

### *Obligaciones condicionales.*

*...ª La tercera manera de promision valedera es como cuando promete un ome á otro, de dar ó facer alguna cosa so condicion, é esta es llamada, en latin, promision condicional, é facese, diciendo así: prometo á fulan de dar ó facer tal cosa, si tal nave viniere de Marruecos á Sevilla; ó de otra manera semejante que puede ser que se cumplirá la condicion ó non. E aun decimos que esta promision condicional se face de otra manera. Prometo de dar ó de facer tal cosa, si han fecho Papa á fulan; ó en otra manera semejante que pertenezca ó que sea fecha á tiempo pasado.....*

Esta obligacion se subordina á un acontecimiento, el cual puede ser de dos clases, futuro é incierto, ó pasado, con tal que haya sido desconocido de las partes.

Algo indicamos en la pág. 263 del tomo III sobre las condiciones á tiempo pasado, condiciones preposteras: ahora que vuelve á presentársenos ocasion completaremos la doctrina. La Instituta las rechaza: *conditiones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt* (§ 6.º, tít. XV, lib. III, Inst.). Una ley de Partidas, la 2.ª, título IV, Part. VI, les niega este carácter. *Pero tal condicion non*

*lo es propiamente, porque aquella cosa en que la ponen non es dudosa.* Sin embargo existen, porque la ley puesta por epígrafe las reconoce; y el Proyecto de Código comprende ambas especies en su definicion.

¿Son iguales sus efectos? Dejemos hablar á la ley 12, título XI, Part. V, citada.

[1]*Esta condicion non es de tal natura, como la primera del tiempo por venir, porque en la de tiempo pasado, maguer aquel que la face non sabe si es verdad aquello so que face la condicion, luego que la face finca por ello obligado, si es verdad; ó si non, finca desobligado.* [2]*Mas en la otra non es así, non puede ser obligado nin desobligado por ella fasta que se cumpla lo que señaló. E si acaesciese que se cumpla aquello que dijo, finca obligado. E si non se cumple la condicion, non vale la promision.*

Tal es la diferencia entre ambas condiciones: la futura es suspensiva en el verdadero sentido de la palabra, y no produce efecto si no se verifica el acontecimiento de que depende, por manera que convencion existe, pero no obligacion: la prepostera es suspensiva en sentido impropio, lo es porque se ignora el acontecimiento; pero si no ha tenido lugar es como sino se hubiera hecho: si por el contrario ha sucedido, surte desde luego su efecto. Compro, v. gr., una casa, si el buque tal ha llegado con felicidad á la Habana: si á la fecha en que verificó el contrato, habia llegado el buque á la Habana, desde el mismo dia habia adquirido el dominio de la casa; y si perece por caso fortuito antes de saber su arribo, pierdo la casa, como verdadero dueño, aunque por aquella condicion no podia reclamar la entrega.

Se distinguen varias especies de condiciones: las hay tácitas y espresas, posibles é imposibles, potestativas, casuales y mistas, afirmativas y negativas, conyuntivas y disyuntivas, suspensivas y resolutivas. Sin embargo de ser conocidas tambien estas especies, las recordamos por no dejar defectuosa la materia. Tácita es la que aunque no se esprese, se entiende virtualmente puesta en la obligacion: espresa la que se propo-

ne con claridad por palabras propias y aptas para determinarla: posible es la que puede cumplirse por no haber obstáculo que lo impida, la cual será potestativa cuando su cumplimiento dependa de la persona, á cuyo favor se ha constituido la obligacion: casual cuando no depende de nuestra voluntad, y mista cuando dependa juntamente de nuestra voluntad y de un acontecimiento estraño á ella: es afirmativa la que consiste en la realizacion de un hecho: y negativa lo contrario: conjuntiva la que se halla unida con otras de modo que todas se deban cumplir, y disyuntiva la que aun cuando está unida con otras queda al arbitrio de la persona el cumplimiento de cualquiera de ellas: suspensiva la que suspende el cumplimiento de la obligacion hasta que se verifique ó no el acontecimiento; y resolutoria la que al realizarse el hecho, produce la resolucion de la obligacion, restituyéndose al estado que tenia antes de contraerla. Condicion imposible es la que no puede existir por algun obstáculo irresistible y es de cuatro clases, por la naturaleza, por derecho, por oscuridad en las palabras, y por circunstancias particulares del hecho, segun que el obstáculo corresponda al órden natural, ó que la condicion sea contraria á la ley ó las buenas costumbres, ó sus palabras equívocas, ó el hecho incierto é indeterminado.

### ARTÍCULO 3.°

#### *Efectos de la obligacion condicional.*

Toda condicion supone la realizacion de un acontecimiento, el cual es posible ó imposible, y en el primer caso puede ó no depender de nuestra voluntad. Despejaremos esta doctrina principiando por la

*Condicion imposible..... Otrosí decimos si alguno pusiese condicion con prometimiento que ficiese á otro de dar ó facer alguna cosa, si la condicion es de tal manera que conviene en todas guisas, que segun curso de natura que non venga, luego que es fecha la promision desta guisa, finca por ello obligado el que la face. Esto seria como si dijese, si non tanjares con el dedo al*

*cielo, prométote de dar ó de facer tal cosa. Ca pues cierta cosa es que ningun ome, segun curso de natura, podria esto facer, finca por ende obligado el que face la promision. Eso mismo seria de las promisiones que los omes facen so otra condicion cualquier que fuese semejante destas* (Ley 17 dicho título).

El ejemplo de la ley es impropio; pues una cosa necesaria no es condicion: claro es que nadie ha de tocar con el dedo en el cielo ni beberse el agua del mar. La Academia hizo el ejemplo afirmativo, por lo que muchos siguen con preferencia esta version. La edicion de Gregorio Lopez tiene á su favor que se acomoda mas á sus precedentes.

Las condiciones imposibles son de dos clases, negativas y afirmativas. La de la ley por el ejemplo que cita es negativa, *si non tajares con el dedo el cielo*; pero el derecho romano comprendió los dos casos, y si no espresamente, de una manera implícita *à contrario sensu* debemos suponer hecha esta distincion. Los efectos corresponden á la diversa naturaleza de estas condiciones. La condicion negativa, como que es necesaria, no vicia el contrato; la afirmativa le anula: *Imposibilis conditio cum in faciendum concipitur stipulationibus obstat: aliter atque si talis conditio inferatur stipulationi, si in cœlum non ascenderit, nam utilis est et præsens* (Ley 7.ª).—*Sed cum eo qui ita promisit, si intra Kalendas digito cœlum non tetigerit, agi protinus potest: hæc et Marcelus probat* (8.ª, tít. I, lib. XLV, Dig.).

No solo las estipulaciones, todos los contratos son nulos si se celebran bajo condicion física ó moralmente imposible; pues se presume, á diferencia de lo que acontece en los testamentos, que los contrayentes no han querido obligarse.—*Non solum stipulationes imposibili conditione adplicatæ nullius momenti sunt; sed etiam cæteri quoque contractus: in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem* (Ley 31, título VII, lib. XLIV, Dig.). Necesariamente ha de ser nula la obligacion contraida bajo condicion de que uno mate á otro ó toque el cielo con el dedo; lo primero porque aun habiendo algun malvado capaz de cumplir con esta condicion, como contraria á toda ley divina y humana, es imposible; lo segundo, porque

la persona que exigiera tal condicion, sabiendo su imposibilidad, manifestaba que no queria obligarse.

Si la condicion es posible, ni cede ni viene el dia hasta que la condicion se cumpla: *ubi sub conditione quis stipulatus fuerit, neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditioue* (Ley 213, Dig. de *verb. sig.*). Su efecto consiste en suspender la obligacion hasta que el acontecimiento se cumpla; habrá una esperanza, pero nada se debe: *pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitam ire.*

Las condiciones conjuntas se han de cumplir todas; siendo disyuntivas bastará que se haya realizado una para que la obligacion surta su efecto: *Si plures conditiones adscriptæ sunt, si quidem conjunctim, ut puta si illud et illud factum fuerit, omnibus parendum est; si separatim, velut, si illud aut illud factum fuerit, cuilibet conditioni obtemperare, satis est* (§ 11, Inst. de *hær. inst.*).

Cuando consiste en hacer ó dar alguna cosa, el que haya de sujetarse á una condicion debe cumplirla en la forma convenida: si consiste en entregar determinada suma á un huérfano, no pagarla á él, sino á su tutor.

Con ocasion de este principio preguntan los autores si deberá cumplirse la condicion en forma especifica, ó bastará cumplirla *per æquipollens:* aunque lo primero sea lo natural, puede hacerse del segundo modo si fuera indiferente para los contrayentes.

Otra cuestion es si debiéndose cumplir la condicion segun la mente de los obligados, cuando consista en un hecho del deudor, del acreedor, ó de una tercera persona, debe ser cumplida por ellos mismos, ó puede serlo por sus herederos ú otra persona en su nombre. Esto dependerá de la naturaleza del hecho ó del servicio, porque si fuere personal, como que se presume haber tenido en cuenta su capacidad ú otra circunstancia, no puede reemplazarle otro en el cumplimiento de esta condicion.

La obligacion contraida bajo la condicion de que exista algun suceso en tiempo fijo, caduca, si pasare el término sin realizarse, ó desde que sea cosa cierta que la condicion no pueda cumplirse.

Pedro promete á Juan darle una cantidad de dinero, si tal

nave regresa de la Habana dentro del año: si antes del año se recibe noticia de que ha perecido, caduca desde luego la obligacion, por ser cosa cierta que no puede existir la condicion.

La condicion negativa puede haberse celebrado con tiempo fijo ó sin él: en el primer caso se hace ineficaz si pasa el término sin verificarse: en el segundo lo será desde que se adquiera seguridad de que la condicion no puede cumplirse.

*Si stipulatus hoc modo fuero, si intra biennium Capitolium non ascenderis dari? Non nisi præterito biennio recte petam* (27, § 1.°, tít. I, libro XLV, Dig.). —*Sed si ita stipulatus fuero, si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris: sed cum certum esse cœperit te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse* (Ley 115, § 1.°, id.).

Y si antes del plazo señalado se sabe que la condicion no podrá existir ¿deberá aguardarse este plazo? Goyena contesta que no, y eso parece lo cierto. Hé aquí su ejemplo: Te prometo cien, si mi hijo no regresare de Manila dentro de dos años: si á los seis meses se sabe que el hijo ha muerto, desde luego puede pedirse la cantidad.

Regla comun es á toda suerte de condiciones que deben tenerse por cumplidas cuando han dejado de serlo por culpa del deudor.

*Quicumque sub conditione obligatus curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur* (Ley 85, § 7, de *verb. oblig.*). *Pro impleta habetur conditio cum per eam stat qui si impleta esset, debiturus erat* (Ley 81, Dig. de *cond. et. dem.*). Esto es consecuencia de la regla de derecho: *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium moræ fit, quominus fiat* (Ley 39 de *reg. jur.*).

Cuando por falta de uno de los obligados deja de cumplirse alguna condicion del contrato, no puede el que está en aquel caso considerarse exento de responsabilidad. La obligacion en este caso deja de ser condicional y adquiere el derecho de reclamar aquel á cuyo favor fué constituida (R. C. 30 Setiembre 1859).

Nó se dirá que tiene la culpa de que una condicion no se

haya cumplido el deudor que indirectamente, y en uso de su derecho pone algun obstáculo, como respecto á las últimas voluntades opina Paulo: *non omne ab hæredis persona interveniens impedimentum pro expleta conditione cedit* (Ley 38, Dig. de *Statu lib.*). Ejemplo: cierto albañil debe hacer una obra dentro de diez dias, pero si por haberme hurtado alguna cosa le hago poner en la cárcel, no tengo yo la culpa de que por esta causa no se cumpla la condicion.

Cumplida la condicion, los efectos de la obligacion se retrotraen al dia en que se contrajo: *Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interpossita est, sine conditione facta esset* (Ley 11, § 1.°, tít. IV, lib. XX, Dig.). *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (144, Dig. de *reg. jur.*).

De lo cual se infiere que si el acreedor muere antes del cumplimiento de la condicion, aunque tenia mas bien una esperanza que un derecho, si la condicion existe despues de su muerte, trasmite su derecho á los herederos. Las mismas leyes romanas que establecen la anterior regla consignan esta declaracion: *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte* (§ 25, tít. XIX, lib. III, *Inst.*).—... *aliter atque quod stipulati sumus, nam et sub conditione stipulantes omnimodo eis adquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat* (Ley 18, Dig. de *reg. jur.*).

Lo mismo exactamente declara hablando de una venta condicional la ley 26, tít. V, *si despues que fuesen muertos* (comprador ó vendedor) *se cumpliese la condicion, valdria la vendida, é serian tenudos los herederos dellos, de la aver por firme:* Y la 14, tít. XI de la promesa: *é si por aventura muriese alguno dellos ante que se cumpliese la condicion..... los sus herederos de aquel que finase, fincan en aquella manera obligados para cumplir lo prometido: maguer viniese la condicion... despues de la muerte de cualquier dellos.*

En los legados sucede lo contrario, naciendo la diferencia de que se hacen por consideraciones de cariño hácia el legatario, estrañas por lo tanto á sus herederos.

El acreedor condicional antes del cumplimiento de la condicion, puede ejercer las acciones competentes para la conservacion de su derecho. El Proyecto de Código consigna esta máxima de acuerdo con otras del Derecho romano. *Eum qui stipulatus est sub conditione; placet etiam pendente conditione creditorem esse* (Ley 42, tít. VII, lib. XLIV, Dig.).—*Creditoribus quibus ex die vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur* (Ley 4.ª, título VI, lib. XLII del Dig.).

En su consecuencia, podrá hacer valer su derecho en el juicio de graduacion de acreedores para ser clasificado en su lugar y pagado cuando se le cumpla la condicion, con sujecion empero á las prescripciones de la Ley hipotecaria (Goyena.)

Aunque toda condicion es por su naturaleza suspensiva, recibe este nombre por antítesis á la resolutoria, de la cual nos ocuparemos al hablar de la estincion de las obligaciones. Respecto á la primera rigen los siguientes principios establecidos unos por ley y otros por jurisprudencia.

El efecto de un contrato condicional es susceptible de alteraciones en bien ó en mal (Ley 26, tít. V, Part. V): *Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa se empeorase ó mejorase ante que la condicion sea cumplida; el daño de aquel empeoramiento ó la pro pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiese ó se destruyese toda, por cual manera quier, el daño seria del vendedor maguer se cumpliese la condicion despues*... Habla de la venta, pero los autores están conformes en que es aplicable á todos los contratos. El Proyecto contiene otras declaraciones.

1.ª Si la cosa pereció por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Algunos Códigos no hacen espresion de este caso, considerándolo comprendido en los principios generales sobre indemnizacion de daños y perjuicios: el Proyecto le consigna á imitacion de las leyes romanas; *si dolo culpave careat* (Ley 51, tít. I, lib. XLV, Dig.).—*si sine facto promissoris devenerit* (§ 2.°, tít. XIX, lib. III, Inst.).

2.ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor el

menoscabo es de cuenta del acreedor (Ley 8, tít. VI, lib. XVIII, Dig.). *Sane si extet res licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.* El consejero de Estado Préameneu consideraba esta decision contraria al supuesto de que en la condicion suspensiva no hay traslacion de dominio: la disminucion ó deterioro, segun él, debia ser de cuenta del deudor que seguia siendo propietario de la cosa por la misma razon que respondia de la pérdida. El art. 1182 del Código francés da al acreedor la eleccion para resolver el contrato, ó exigir la cosa en el estado que tenga sin disminuir por eso su precio.

El Proyecto está en lo cierto, pues el acreedor á quien perteneciera el aumento, debe sufrir el daño: *aquel debe sentir el embargo de la cosa que ha el pro della* (Reg. 29, tít. XXXIV, Part. VII).

3.ª Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnizacion de daños y perjuicios ó la rescision del contrato.

Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, ceden estas ventajas en beneficio del acreedor, y si lo fué á espensas del deudor, puede este retirar las mejoras no causando detrimento.

Es la materia de contratos tan ocasionada á litigios que á pesar de ser clara esta doctrina, la jurisprudencia ha tenido en mas de un caso que confirmarla. El Tribunal Supremo ha declarado que solo son eficaces los contratos cuando las partes cumplen sus condiciones (24 Diciembre 1866), si son de las lícitas y posibles (21 Febrero 1863 y 24 Diciembre 1866), pues si se oponen á la moral ó al derecho, no producen mas efecto que el de invalidar el contrato (25 Mayo 1860).—Si consiste la condicion en un hecho posible y realizable, pero dependiente de la ejecucion de un tercero, no puede considerarse comprendida entre las imposibles, aunque sí lo es para el obligado á su cumplimiento, y necesita entonces para acreditar que por sí ha llenado su obligacion, recurrir á los medios comunes de prueba, cuya apreciacion se fia como siempre al recto criterio de los Tribunales (19 Noviembre 1866).

### Artículo 4.°

***Obligaciones á plazo ó sin él.***

Ley 12.—'*La segunda manera es cuando la promision es fecha á dia señalado: é esta es llamada en latin promissio in diem; é puedese facer aun tal prometimiento á dia que se non pueda señalar ciertamente: como quier que ha de ser en todas guisas. Esto seria como si el que ficiese la promision dijese: Vos prometo que vos den mis herederos, ó que fagan tal cosa el dia que yo finare. Como quier que atal dia non se puede señalar ciertamente, á la sazon que face la promision, pero señalase el dia que muere, por tal promision como esta fincan los herederos obligados de aquel que la face, é son tenudos de la cumplir. E aun podria prometer un ome á otro de dar ó facer alguna cosa ante que finase, á dias contados, ó despues, como si dijese. Prometo de dar ó facer tal cosa diez dias antes que fine ó despues. Por tal promision fincan otrosí obligados sus herederos é son tenudos de la cumplir. Fueras si oviese prometido de facer la cosa por sus manos mismas, é non por otro, ca entonce non valdria la promision si el finase ante que la cumpliese.*

Hemos examinado dos clases de obligaciones: restábanos copiar este capítulo para conocer las tres que distingue esta ley.

Es obligacion á plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado dia cierto. Este es el primer supuesto, aunque con diferencia de términos, igual en el fondo al § 2.°, tít. XV, libro III, Inst.: *In diem stipulatio est, cum fit adjecto die quo pecunia solvatur, veluti decem aureos primis kalendis Martii dare spondes.*

El dia ha de ser cierto, porque el incierto que es como en derecho se llama aquel que se ignora si llegará, se tiene por condicion. De esto presenta ejemplo la ley 22, tít. II, libro XXXVI, Dig. La cláusula *cum annorum quatordecim esse factus:* se traduce cuando llegue ó si llegare á cumplir catorce años: *Nec interest utrum scribatur si annorum quatordecim factus erit: an ita: cum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per*

*tempus conditio: utrobique tamen eadem conditio est.* La ley 31, tít. IX, Part. VI, declara lo propio en un caso análogo; de consiguiente si no se cumple la condicion, la obligacion es nula.

Pero el dia puede ser cierto de dos maneras, refiriéndose á uno determinado ó á otro indeterminado. El ejemplo de esta ley aunque no el mejor ni el mas claro, confirma esta distincion; se contrae una obligacion á dia cierto indeterminado, eligiendo como término el de la muerte: *el dia que yo finare*: es indeterminado, porque no se sabe cuándo será, pero demasiado cierto por ser ineludible este tributo debido á la naturaleza: se contrae á dia determinado, cuando se señala un plazo á contar antes ó despues de un dia fijo: *diez dias antes que fine, ó despues.*

La designacion de un dia incierto en el cual deba cumplirse un contrato, le hace condicional, y no se considera cumplida la condicion hasta que llegue aquel dia (R. C. 9 Febrero 1861).

### Artículo 5.°

#### *Efectos de una obligacion contraida á plazo.*

Ley 14, tít. XI, Part. V.—[1]*A dia cierto ó so condicion prometiendo un ome á otro, de dar ó facer alguna cosa; non es tenudo de complir la promision, fasta á que venga aquel dia ó se cumpla la condicion sobre que fué fecha.* [2]*E si por aventura muriese alguno dellos, ante que viniese el dia á que lo debieran cumplir, sus herederos de aquel que finase, fincan en aquella manera obligados maguer... viniese el dia despues de la muerte de cualquier dellos.*

Dos partes contiene la ley: la primera determina el efecto de una obligacion á plazo que es diferir el cumplimiento de la obligacion hasta que aquel venza, y este es especial: el otro es comun á todos los contratos, por el principio de que el que contrae, contrae para sí y por sus herederos. Si el promitente muere antes de venir el dia, su heredero está obligado á cumplir la promesa como si el otro viviera.

El término difiere de la condicion en que esta suspende el

compromiso que debe formar el convenio; el término al contrario no suspende el compromiso, si no únicamente la ejecucion: *Statim quidem debetur; sed peti, priusquam diem venerit, non potest* (§ 2.°, tít. XV, lib. III, Inst.). *Præsens obligatio est, in dies autem dilata solutio* (Ley 46, tít. I, lib. XLV, Dig.). O como se espresa nuestra ley. *Non es tenudo de cumplir la promision fasta que venga el dia.*

*Cede* pero no *viene*, cuya fórmula, ingeniosa como todas las de la escuela, significa que se debe, pero no puede pedirse su ejecucion.

Ahora bien: reconociéndose como existente la obligacion desde el dia de la convencion, poca dificultad hay en comprender por qué dice la ley que muriendo el principal obligado antes que pueda exigirse, se hará efectiva en los herederos.

Como el que ha contraido una obligacion á término es un verdadero deudor, se sigue que no podrá repetir lo que hubiere pagado anticipadamente; diferencia tambien notable entre esta y la obligacion condicional.

Aunque la ley 14, tít. XI de la Part. V, no reputa obligatorio el contrato á dia cierto, y es condicional hasta que llegue el dia ó se cumpla la condicion, para aplicar este precepto legal, es necesario estar á la apreciacion de los medios probatorios (R. C. 2 Octubre 1866).

Siempre que se designa un término se presume establecido en favor del deudor, de cuyo principio se deduce que este puede resistirse á pagar antes que llegue el término, pero el acreedor no puede menos de admitir el pago como el deudor quiera hacerlo. *Certa die promissum vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur* (Ley 38, § 16, tít. I, lib. XLV, Dig.). Y tambien la 17 de las reglas de derecho *In stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur.*

El contrato ó las circunstancias particulares hacen fallar en muchos casos la presuncion, y entonces la obligacion ha de cumplirse en el término convenido, y no antes: Rogron cita este ejemplo: si yo he comprado una manada de reses para venderlas en una feria á calidad de que se me entreguen la víspera, no puedo ser compelido á recibirlas antes, porque seña-

lando este plazo evidentemente me propuse no tenerlas que mantener.

En materia de plazos es importante la siguiente ley que interpreta ó suple el silencio de los particulares.

Ley 15, tít. XI, Part. V.—[1]*Calendas son llamadas el primer dia de cada mes. E porque acaesce á las vegadas que algun ome promete á otro de dar ó facer alguna cosa en kalendas, non señalando cuales, decimos que se debe cumplir, en las primeras que vinieren despues de aquel dia que fizo el obligamiento.* [2]*Otrosí cuando promete algun ome á otro de darle cada año tantos maravedís, ó de facerle tal cosa non señalando en que sazon del año, se entiende que la promision debe ser cumplida al fin de cada año.* [3]*Mas si se hiciese diciendo que le daria ó que le faria aquello que le promete, en todos los años de su vida, se entiende que debe cumplir lo que promete en el comienzo de cada un año.*

La promesa hecha para un año, sin decir cuál, se entiende el inmediato; si se verifica ofreciendo hacer ó dar tal cosa en cada año, sin fijar número, ni época, cumple el deudor entregándola al fin de año, y si el número de años fuese incierto, ó se hiciese por todos los de la vida, la obligacion debe cumplirse al principio de cada uno.

El año se cuenta en los contratos bilaterales desde que uno de los contrayentes ha cumplido por su parte la obligacion; en los unilaterales desde el dia siguiente á su otorgamiento.

Cuando en una obligacion condicional se hubiere además señalado un término, cumplida la condicion, se espera que llegue el dia para exigir su cumplimiento.

*A dia cierto, so condicion prometiendo un ome á otro de dar ó facer alguna cosa; maguer se cumpla la condicion, non es tenudo por eso el que fizo la promision de la cumplir si non quisiese fasta que venga el dia que señaló á que la cumpliese ó la debe cumplir* (Ley 17, tít. XI, Part. V).

Pero debe estudiarse la manera en que ha sido señalado el término, porque puede haberse unido á la condicion, y entonces no hay que esperar á él.

Pothier esplica esta diferencia por el siguiente ejemplo: supongamos que digo: si me caso de aquí á tres años, me pagareis cien libras, y me caso á los seis meses, puedo exigir la cantidad sin esperar el vencimiento del plazo, pues no ha sido unido á la condicion. Si en lugar de esto digo: si me caso de aquí al 1.° de Enero de 1781 entonces me dareis cien libras; esta palabra, *entonces*, indica que el término ha sido unido lo mismo á la disposicion que á la condicion; luego aunque me case antes, no podré exigir la suma hasta que llegue el plazo.

El término concedido por el acreedor al deudor, tiene por fundamento la confianza y su solvabilidad; una vez que falte este supuesto, el efecto del término debe cesar. Por eso dice el Proyecto de Código en su art. 1048: el deudor constituido en quiebra ó que hubiere disminuido por medio de actos propios las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligacion, no puede reclamar el beneficio del término.

Todo cuanto hemos dicho corresponde al término de derecho: debe tenerse presente que además se conoce otro llamado término de gracia, concedido hoy por el acreedor, y que no surte mas efectos que los que este quiera darle.

Otro modo hay de señalar el término de una obligacion *in diem* ó hasta cierto dia. Los contratos de esta suerte celebrados son puros en cuanto á su principio, pero producen el efecto de que caduca la obligacion llegado el plazo.

## § II.

### *Obligaciones alternativa y conyuntiva.*

Ley 23, tít. XI, Part. V.—[1]*Un nome señalado han á las vegadas dos siervos ó mas que son de un señor. E acaesce que aquel, cuyos son, promete á otro de dar el uno dellos, nombrandolo é non señalandolo por las facciones de su cuerpo nin por menester, si lo sopiere. Cuando tal promision fuese fecha, en escogencia es del que la fizo de darle cualquier de todos aquellos que han un nome.* [2]*Eso mismo seria si un ome prometiese á otro*

*diciendo: prometo que vos dé tal cosa ó tal; ca en su escogencia es de darle cualquier dellas mientras fueren vivas. Mas si muriese la una, estonce tenudo seria de darle la que fincase.*

La ley contiene tres capítulos. Si uno promete dar el caballo T., y tiene dos del mismo nombre, puede entregarle el que quiera. Si la promesa recae sobre dos objetos distintos, tal ó cual cosa, tambien puede dar una de ellas á su eleccion. Pero si una perece, debe entregar la otra.

De modo que la obligacion alternativa, ó consiste en la eleccion de un objeto entre dos ó mas de un mismo género, ó entre dos de diverso género: la eleccion es del que la contrae cuando pueda hacerla; pues si fueren dos las cosas, y una perece, está obligado á entregar la otra.

La ley da la eleccion al deudor por ser el obligado; pero puede renunciar á este derecho en favor del acreedor.

Cualquiera de los dos que elija tiene que escoger una de las dos cosas; no una parte de cada una. Si yo me obligué á darte anualmente cierta cantidad de trigo ó de aceite, quedaré libre pagando una cosa ú otra por entero, mas no podré contra tu voluntad pagar parte en una especie, parte en otra: por la misma razon tú podrás compelerme á lo primero, mas no á lo segundo (Ley 8.ª, § 1.º, lib. XXX, Dig.).

En el caso propuesto, como en los de venta ó pension anual el derecho del deudor para elegir es igual en todos los pagos, y aunque haya pagado un año en vino, podrá al siguiente pagar en trigo: *Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem, emptor primo anno maluit, decem præstare, secundo anno habitationem. Trebatius ait, mutandæ voluntatis potestatem eum habere, singulis annis alterutrum præstare posse.....* (Ley 21, § 6.º, tít. I, lib. XIX, Dig.).

La obligacion no es alternativa cuando una de las cosas prometidas no fuese susceptible de obligacion, la cual, por lo tanto se entiende limitada.

Por este principio decide la ley 72, § 4.º, Dig. de *Solut.* que si uno ha prometido alternativamente dos cosas, una de las cuales pertenecia ya al acreedor, no puede pagársela en lugar

de la otra, aunque deje de ser suya, porque como no pudo ser objeto de obligacion *cum res sua nemini deberi possit*, la otra que era libre, quedó obligada.

Cuando la obligacion alternativa comprende varias cosas, la estincion de una no estingue la obligacion, pues siendo comun á todas, subsiste sobre las demás hasta que se cancela por pago de una de ellas. De dónde se infiere que, si el acreedor de dichas cosas por causa lucrativa adquiere una, conserva íntegro su derecho sobre las restantes: *Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa: reliquum debetur mihi à te* (Ley 16, tít. I, Dig. de *Ver. oblig.*)

Si de dos cosas, objeto de una obligacion alternativa, la una perece, no puede el deudor ofrecer su precio por escusarse de pagar la otra: la cosa que ha perecido ya no se debe, la otra que existe es la que hay que entregar: *Quid debeat, esse in rei arbitrio an debeat, non esse. Et ideo eum qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quandiu ambo vivunt: cæterum ubi alter decessit, extinguitur debitoris electio, ne sit in arbitrio ejus an debeat, dum non vult vivum præstare, quem solum debet* (Ley 2.ª, § 3.°, tít. IV, lib. XIII, Dig.).

Parece contradecir esta doctrina la ley 47, § 3.°, Dig. de *Leg.*, que establece que habiendo sido legados dos esclavos alternativamente, si uno de los dos muriese, el heredero está obligado á entregar el que quiera, ó quizás el precio del muerto: *fortassis, vel mortui prætium*. Pero esta decision está limitada al caso de que aparezca que tal fué la voluntad del testador, como lo da á entender la palabra *fortassis* de la ley.

Es indiferente que haya perecido por ó sin culpa del deudor; en cualquier supuesto la cosa subsistente es la única que se debe, y este no se escusa de entregarla satisfaciendo el precio de la otra. No se opone á esto la ley 82, Dig. de *verb. oblig.* que dice: *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viveret*, cuyo texto expresa que cuando la cosa ha perecido por falta ó mora del deudor, se considera subsistente en cuanto al precio que el deudor continúa debiendo en su lugar. Pues lo que la ley resuelve para salvar el de-

recho del acreedor en una obligacion determinada, no tiene lugar en una alternativa: la falta ó morosidad del deudor no han de favorecer á este con perjuicio de su acreedor.

Cuando las cosas hayan perecido sucesivamente, el deudor no conserva el derecho de dar el precio de cualquiera de ellas, porque antes tuviese la eleccion de una de las dos; pues por la estincion de la primera quedó debiendo la última, y el precio de esta es lo que debe entregar. Si la primera pereció por su falta y la segunda sin ella, la equidad exige que esté obligado á pagar el precio de la que pereció por su culpa.

Cuando la eleccion pertenezca al acreedor y una de las cosas haya perecido sin culpa del deudor, cumplirá este con entregar á aquel la que hubiere quedado; pero si pereció por culpa suya, podrá el acreedor reclamar á su eleccion la que hubiere quedado ó el precio de la otra ó el de cualquiera de ellas, si las dos hubiesen perecido por culpa del deudor.

Ley 24.—*O é E son dos letras que facen gran departimiento en los pleitos é en las promisiones que son puestas.* [1]*Ca la O departe é desayunta las cosas que son prometidas. Esto seria, como si aquel que face la promision dijese al otro á quien la face. Prometo de vos dar un caballo ó un mulo: ca es tenudo de darle uno dellos, cual él quisiere é non mas. Eso seria en todas las otras promisiones que fuesen fechas en esta manera, de cualquier cosa.* [2]*La otra letra que dicen E ayunta las cosas nombradas en la promision. Esto seria como si dijese un ome á otro prometesme de dar un caballo é una mula. Ca si el otro dijese simplemente prometo, vale la promision en todo. Mas si el respondiese quel daria la una tan solamente; en aquello que otorga valdria la promision, é non la otra.*

Tuvo orígen la ley en la 83. Dig. de *verb. oblig.* y dice: que la obligacion alternativa se conoce por la letra *O* que *departe é desayunta* las cosas prometidas, la conyuntiva por la letra *E* que *ayunta* las cosas nombradas en la promesa.

Las dos cosas de una promesa alternativa vienen comprendidas en la obligacion, aunque una sola en la solucion..... *Qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia*

*alter stipulatoris erat, etiam si desierit ejus esse, non recte solvitur: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem* (Ley 128, Dig. de *verb. oblig.)*.

El obligado á diversas cosas conyuntivamente debe pagarlas todas; pues por la conjuncion resultan tantas obligaciones como cosas: *Si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora* (Ley 29, Dig. de *verb. oblig.*).

## § III.

### *Obligacion de mancomun.*

Es de esencia en toda obligacion que haya dos personas puestas una enfrente de otra, un acreedor y un deudor. Mas los hechos de que proviene pueden ser tales que se refieran por parte del acreedor no solo á una persona, si no á muchas al mismo tiempo: igual situacion puede presentarse por parte del deudor y aun por la de los contrayentes á la vez (SAVIGNI). Tal es el orígen de la obligacion que llamaron los romanos correal, y que nosotros, bajo nombre genérico, llamamos de mancomun.

Obligacion de mancomun ó mancomunidad, es aquella en que dos ó mas personas se obligan á pagar, ya á prorata, ya *in solidum*, una deuda; ó dos ó mas personas, acreedores á recibirla de igual manera, de un mismo deudor (LA SERNA).

De esta definicion se deducen dos consecuencias: 1.ª que hay mancomunidad entre deudores y entre acreedores, segun que dós ó mas personas se obliguen á pagar ó á recibir una misma cosa: 2.ª que su obligacion será á prorata, é *in solidum*, segun su mayor ó menor estension. Si la obligacion ha de pagarse á prorata por los varios deudores que hubiere, ó ha de exigirse tambien á prorata por los varios acreedores, se llamará entonces mancomunada simple: si la obligacion es tal que pueda exigirse el todo por cada acreedor de un deudor comun, ó ha de pagarse el todo por cada deudor á un comun acreedor se llamará mancomunada *in solidum* ó solidaria.

De cada una de estas dos clases vamos á ocuparnos, mas no sin establecer antes un supuesto, una regla fundamental.

ARTÍCULO 1.°

*Toda obligacion se entiende por mitad, salvo si cada uno se obligase in solidum.*

Ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec.—[1]*Establecemos que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad:* [2]*salvo si en el contrato se dijere que cada uno sea obligado in solidum, ó entre sí en otra manera fuere convenido é igualado,* [3]*y esto no embargante, cualesquier leyes del derecho comun que contra esto hablan;* [4]*y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los porvenir.*

Han supuesto nuestros prácticos que la ley habla solo con los fiadores: *de fidejussoribus simpliciter se obligantibus est intelligenda* (Acev., ley 1.ª, tít. XVI, R.). Sus referencias pudieron hacerlo presumir así; pues la ley 4.ª, tít. XVIII, lib. III del F. R., y la 8.ª, tít. XII, Part. V, citadas como concordantes, tratan de fiadores. Pero la Recopilada no tuvo especial objeto; se dió para establecer una doctrina general: *no embargante cualesquier leyes del derecho comun que desto hablan.*

La obligacion correal era por derecho romano la regla. En el caso de que hubiera varios coestipulantes, se debia la cosa entera *(in solidum)* á cada uno de ellos y por cada uno de los promitentes siendo varios: tenia que sér precisamente así en términos de estricto derecho, pues establecida la congruencia entre la pregunta y la respuesta, cada uno de los acreedores habia estipulado para sí íntegra la cosa; cada uno de los deudores se habia por su parte obligado á entregarla tambien en el todo.

La obligacion prorateada era la escepcion. Infiérese de varios textos que los particulares podian obligarse á la parte y no en el todo; *pro parte teneri, virilem partem stipularis; partes viri-*

*les deberi, pro portione virili conveniri*. Pero por lo mismo que esto era la escepcion, la obligacion prorateada no presenta allí un cuerpo de doctrina: la jurisprudencia romana no la clasificó metódicamente, casi ni aun la distinguió (Ortolan).

El Código Alfonsino, partiendo de esta base, estableció el mismo derecho, y eso es lo que innovó la ley recopilada atenta á la equidad que dicta que cuando uno contrae la obligacion de una cosa y la misma para con varias, la deba á prorata, de modo que cada uno de los acreedores lo sea por su parte. No rechaza la obligacion *in solidum* bajo la forma propiamente correal de los romanos; pero será por pacto espreso: lo mismo que preceptúa el art. 1058 del Proyecto.

Dicha ley, en la que se dispone que cuando dos se obligan simplemente, se entiende de por mitad, salvo si cada uno se obligare *in solidum*, se refiere á los que por contrato ó de otra manera se obligan á hacer ó cumplir alguna cosa; pero no á los que tienen derecho á exigir el cumplimiento de lo pactado (R. C. 21 Setiembre 1866).

Conocidas estas dos formas de esplicacion estudiaremos sus efectos jurídicos relativamente á deudores y acreedores.

### Artículo 2.°

*Efectos de la mancomunidad entre los acreedores.*

*Obligacion solidaria.* Cada uno de los acreedores tiene derecho á percibir el todo de la deuda: á lo cual es consiguiente que el deudor pueda pagar á cualquiera de ellos, mientras alguno de estos no hubiere reclamado la deuda, porque entonces ya no es dueño de pagar sino al reclamante.

Es principio deducido del derecho romano: *in obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat* (§ 1.°, tít. XVII, lib. III, Inst.).

El deudor, árbitro de pagar á cualquiera de los acreedores, antes de ser demandado, nada hace si paga á otro despues de la demanda: *Si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, amplius*

*Titio solvi non potest: quamvis ante litem contestatam posset* (Ley 57, tít. III, lib. XLVI, Dig.). *Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit* (Ley 16, tít. II, lib. XLV, Dig.).

Por haberse anticipado alguno de los acreedores solidarios á pedir la deuda, no pierden los demás su derecho á reclamarla, si el otro no habia logrado su pago.

Con igual derecho que un acreedor solidario puede pedir toda la deuda, puede hacer remision de toda ella al deudor, quedando este libre de la obligacion para con los demás acreedores: *aceptilatione unius tota solvitur obligatio* (Ley 2.ª, Dig. de *duob. reis.*).

*Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quæritur; et quid juris unusquisque sibi acquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius aceptilatione perimi utriusque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi acquisisse, ac si solus stipulatus esset* (Ley 31, § 1.°, tít. II, lib. XLVI, Dig.).

No profesa esta doctrina el Código francés, cuyo artículo 1198 declara que la remision de la deuda, hecha por un acreedor, libra solo al deudor en cuanto á la parte que á él le corresponde. Los oradores que sostuvieron su discusion fundaron en las siguientes razones esta desviacion del derecho romano «se debe seguir la intencion presunta de las partes: todo acreedor mancomunado tiene derecho para ejecutar el contrato: pero la remision es otra cosa que la ejecucion. Es hacer un contrato de beneficencia de un contrato interesado. Nadie puede ser liberal de lo que no le pertenece. Un acreedor y un deudor pueden por este medio perjudicar á los otros acreedores, pues les seria fácil suponer una remision total de la deuda aun cuando realmente no fuese sino parcial, para sacar los dos provecho de la falsedad; de nada sirve reservar á los otros acreedores el derecho de repetir contra el que hizo la remision, porque los fraudes son de temer mas en un acreedor ya insolvente ó pronto á serlo (Dis. 59, 60 y 61).

Rogron esplica el artículo diciendo que cada acreedor solidario es, por decirlo así, un mandatario de los otros que tiene

el poder de recibir por todos; pero no el de dar: si perdona no puede perdonar mas que su parte.

El Proyecto profesa la doctrina del derecho romano y la que siguieron sus mas célebres intérpretes, si bien para precaver fraudes, añade: el acreedor que haya concedido la quita ó perdon, lo mismo que el que hubiere cobrado, quedarán responsables á los otros acreedores de la parte que á estos corresponda, dividido el crédito entre ellos (Art. 1061).

Admitida la mancomunidad nada parece mas justo que el que puede cobrar una deuda, pueda perdonarla.

Si la remision ó quita que hizo el acreedor fué solo de su propia parte, queda subsistente la obligacion del deudor para con los demás en lo que restare (Art. 1064).

Cualquier acto que interrumpa la prescripcion en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha ó perjudica á los demás.

*Interpellatio facta ab uno de correis credendi, interrumpit præscriptionem, etiam quoad cæteros.* Tal es el epígrafe y tal la doctrina de la ley 5.ª, tít. XL, lib. VIII, Cód., en la cual, despues de la exposicion de este caso que puede ocurrir en la obligacion correal añade: *sancimusque in omnibus casibus quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus præjudicare, vel aliis prodesse creditoribus.*

El acreedor solidario que puede recibir el pago de la deuda, mejor podrá verificar actos conservatorios de este derecho en su beneficio y el de los demás; *plures eamdem actionem habentes unius loco sunt.*

*Obligacion mancomunada simple.* Lo que diferencia esta obligacion de la anterior es que en ella solo puede pedir cada acreedor la parte de crédito que á prorata le corresponda. Esto no necesita demostracion. La ley 8.ª, tít. XII, Part. V, refiriéndose á la fianza, dice: *si los fiadores non se obligasen cada uno por todo..... non puede demandar la cosa el señor de la debda á cada uno dellos mas de cuanto le cupiere de su parte.*

### Artículo 3.°

*Efectos de la mancomunidad entre deudores.*

*Obligacion solidaria.* La solidaridad respecto de los deudores produce el efecto de que habiendo contraido cada uno de ellos la deuda en su totalidad, cualquiera que cumpla la obligacion, libra completamente á todos los demás.

Esta obligacion es sumamente útil al acreedor, porque puede reclamar el importe de la deuda de cualquier deudor, y en caso de insolvencia, perseguir á los otros. «*Si algunos de los fiadores fuesen tan pobres que non oviesen de pagar su parte..... los otros, quier fuesen uno ó muchos, son tenudos de pagar toda la debda principal* (Ley 8.ª citada).

Lo cual debe entenderse no solamente cuando el pago es real, sino cuando hay una escepcion que produce su efecto, como sucede en la compensacion: pues, por ejemplo; si uno de los deudores solidarios perseguido por el acreedor le reconviene por igual cantidad que á él le debe, sus codeudores quedan libres mediante la compensacion.

Si el reconvenido no tuviera escepcion que oponer, estará obligado á pagar la deuda por entero, sin que pueda pretender que se divida entre sus co-deudores.

No creo, dice Pothier, que dichos co-deudores tengan entre sí el beneficio de division, en cuya virtud obliguen al acreedor á que reclame de cada uno su parte siendo solventes. Los actos de los notarios contienen ordinariamente la cláusula de renuncia al beneficio de la division, pero seria igual que no la pusiesen. Semejante beneficio seria contrario á la naturaleza de la solidaridad que da al acreedor derecho de exigir el pago total de uno de los deudores.

Si pereciese la cosa por culpa de uno de los deudores solidarios, ó despues de constituido en mora, no quedan libres los otros de pagar su valor. La razon es, que siendo la deuda comun, no puede extinguirse para unos y subsistir para otros.

*Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet* (Ley pen. Dig. de *duob. reis.*).

En cuanto á los intereses, el Código francés copiado en el Proyecto, declara que el acreedor podrá repetir los daños é intereses únicamente de los deudores culpables ó morosos. La falta ó demora perjudica á los co-deudores solidarios: *ad conservandam et perpetuandam obligationem:* no *ad augendam ipsorum obligationem*. En este sentido dice la ley 32, § pen., Dig. de *usur*: *si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*

Cuando se hubiese estipulado espresamente el resarcimiento de perjuicios é intereses para el caso de inejecucion del contrato, la responsabilidad debe ser mancomunada, salvo el recurso de los inocentes contra el culpable.

Nótese, por último, que hemos figurado el caso de haber perecido la cosa; pues si, subsistiendo esta, se demandare á uno los réditos por no haber pagado á la época prefijada, alcanzará á todos esta obligacion, porque todos han incurrido en la falta de no haber hecho el pago á su tiempo.

Verificado el pago en su totalidad por uno de los deudores, se estingue la obligacion de los demás para con el acreedor.

Los jurisconsultos completan esta regla con la siguiente aclaracion: Cuando muchas personas contraen una deuda solidariamente se obligan por el todo respecto al acreedor; pero la deuda se divide entre ellas á prorata de su parte de utilidad. La actual legislacion ha consagrado esta doctrina: el artículo 1213 del Código francés la establece: el 1068 del Proyecto la copia. Antiguamente no era así: por derecho romano el deudor solidario que pagaba el todo, no podia repetir contra sus deudores, si no á favor de la cesion de acciones (carta de lasto) que debia hacerle el acreedor si reclamaba el pago (ley 36, tít. I, lib. XLVI, Dig.); pues la 2.ª, tít. XL, lib. VIII, Código que hemos citado, tratando de la misma division entre los acreedores solia entenderse de deudores solidarios y sócios al mismo tiempo Lo propio venia á disponer el nuestro como tendremos ocasion de ver examinando la ley 11, tít. XII, Partida V, si bien la jurisprudencia templaba cuanto podia este

rigor. Vinio que admite la necesidad de cumplir con este requisito para conservar el ejercicio de sus acciones, añade; *Cæterum æquius et benignius est ei qui ita solvit etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accomodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte quæ ad alios pervenit.*

Aun cuando haya sido demandado uno de los deudores por el todo, puede el acreedor antes de conseguir el pago dirigirse ó repetir contra cualquiera de los otros y con mayor razon, si el primero resultó insolvente.

El Derecho romano consignó este nuevo efecto de la obligacion correal; no habiendo hecho los modernos códigos otra cosa que imitarle: *Nec liberabitur alter, si cum altero agatur, non enim electione sed solutione liberantur* (Ley 1.ª, § 43, tít. III, lib. XVI, Dig.— *Contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur..... idemque in duobus reis promittendi constituimus* (Ley 28, tít. XLI, lib. VIII, Cód.).

Este efecto de la obligacion correal constituye el mayor beneficio para el acreedor. Conviene, sin embargo, no darle tanta estension que se convierta en daño innecesario para los deudores: Pothier opina que el acreedor hasta podia abandonar el juicio comenzado contra uno y entablar la misma demanda contra los otros deudores individual ó colectivamente. Goyena considera esta facultad exorbitante. Nosotros encontramos mas justa la doctrina del art. 535 del Código de comercio.

Si se hubiere reclamado la parte de uno de los deudores, ó consentido en que se dividiera la deuda en favor de uno de ellos, podrá reclamarse el todo contra los demás con deduccion de la parte del deudor, á quien se haya libertado de la solidaridad. Que quien tiene derecho á reclamar el todo, puede pedir la parte es principio general de derecho: *in eo quod plus sit semper inest et minus: in toto et pars continetur* (110 y 113 de *reg. jur.*). Pero el acreedor que consiente la division de la deuda respecto á uno de los deudores, no pierde su accion solidaria contra los otros; segun doctrina admitida tambien por los Códigos (1210, C. F.). Luego puede repetir el todo de los demás, con deduccion de la parte del deudor, esceptuado de la solidaridad. *Si cre-*

*ditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis: aditus rector provinciæ, pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit* (Ley 18, tít. III, lib. II, Cód.). El deudor solidario independientemente de las escepciones que sean personales suyas, puede oponer todas las que resulten de la naturaleza de la obligacion, ó sean comunes á sus co-deudores.

Se llaman escepciones reales las nacidas de la obligacion, porque *rei coherent*, y personales, todas las otras *quæ personæ cujusque coherent*. Las primeras y aun las últimas, si son comunes á todos los deudores, se pueden oponer al acreedor.

Respecto á las simplemente personales parece que cada cual debe utilizar las suyas por el principio. *Exceptiones quæ personæ cujusque coherent, non transeunt ad alios* (Ley 7.ª, tít. I, lib. XLIV, Dig.). Pero aunque tal es la doctrina del Proyecto, la correalidad, si hemos de ser lógicos, exige distinta cosa. Por el derecho mercantil donde estas obligaciones nacen de la ley esta es la doctrina: vale la compensacion por créditos de cualquiera de los deudores.

La solidaridad como derecho del acreedor es renunciable por el principio: *cuilibet licet juri suo in suum favorem introducto renunciare*. La renuncia puede ser espresa ó tácita. Tácitamente se presume que renuncia: 1.° el que consiente en que cada uno de los deudores sea demandado solo por su parte, y 2.° cuando así resulta de algun hecho positivo, como sucederia en el caso de aceptar la herencia de alguno de sus deudores.

*Obligacion mancomunada simple.* El efecto de esta obligacion para con los deudores se reduce á que cada uno quede obligado en cuanto á la parte que á prorata le corresponda (Ley 10, tít. I, lib. X, N. R.).

Siendo mancomunada y solidaria una obligacion, puede reclamarse de alguno de los obligados, quedándole espedita la accion para hacerlo á su vez contra los demás (R. C. 9 Marzo 1861).

## § IV.

### *Obligaciones divisibles é indivisibles.*

Llegamos á una nueva especie que ha tenido el privilegio de asombrar el ingenio de los autores: verdadero logogrifo ó enigma si hubiéramos de juzgar por sus dichos y por sus exageraciones. Todos los autores la llaman materia subtilísima *et de apicibus juris*; uno dice: *quod omnes alias materias mirum in modum excedit:* otro *quod in ejus intelligentia non minus palpitaverunt interpretes, quam Hercules in Lernæo conflictu:* y aun alguno *quod est arduum et profundum pelagus* (Véase Gomez, introd. al cap. X, tom. II, Var. Res.).

Que es interesante, no permiten dudarlo las investigaciones científicas de ilustres escritores, entre los cuales podemos contar Pothier y Savigni; y hasta el número de las disposiciones y testos legales, porque de ella tratan las leyes 2, 3, 4 y 85 tít. 1, lib. XLV Dig., y algunas otras del mismo Código.

Principiaremos por dar una idea exacta de esta nueva especie.

#### Artículo 1.º

#### *Naturaleza de estas obligaciones.*

La presente nomenclatura está deducida de la siguiente ley 2.ª, tít. I, lib. XLV, Dig. *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt: veluti, cum decem dari stipulamur: quædam non recipiunt ut in his quæ natura divissionem non admittunt; veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur satis stipulationi non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quodlibet vas.*

La ley reconoce tres especies de obligaciones: divisibles, que recaen sobre cosas que se fraccionam: *cum decem dari stipulamur:* indivisibles, que tienen por objeto cosas que no admiten

division: *veluti cum viam stipulamur;* y mistas dando este nombre á otras que si bien admiten partes, como no se entreguen enteras, no satisfacen á la estipulacion: *veluti cum hominem generaliter stipulor*, etc.

Pothier distingue entre la division física y la civil: la segunda, de que trata el derecho, la subdivide en real ó intelectual. Basta que una cosa admita la última division para considerar la obligacion divisible, como resulta de la ley 9, § 1.°, Dig. de *Solut.*: *Qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur.*

Con las indivisibles forma tres clases. La primera, que llama *individuum contractu*, tiene lugar cuando las cosas por su naturaleza se resisten absolutamente á la division. Siendo imposible concebir partes en un derecho de paso, no se puede estipular ni prometer, como no sea en el todo.

La segunda *individuum obligatione.* Todo cuanto es indivisible *contractu*, lo es *obligatione;* pero hay cosas, que aunque pudieran ser estipuladas ó prometidas por parte, segun la manera como han sido consideradas por los contrayentes, tienen algo de indivisibles, y no pueden ser debidas por partes.

A este género corresponde la obligacion de construir una casa ó un barco, pues aunque yo pueda estipular que uno me haga una parte de la casa ó barco, y otra otro, sin embargo, concebida en términos simples y generales, no puede cumplirse por partes, sino dando acabados el barco ó la casa; pues hasta entonces estos no existen, y los contrayentes tuvieron en consideracion y por objeto ó materia de la obligacion el todo consumado y acabado. La ley 80, § I, Dig. *ad leg. falcid.*, para probar que la obligacion de construir una obra, v. gr., un teatro ó un baño es indivisible, da esta razon: *neque enim ullum balneum aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit.* Por igual razon dice la 85, Dig. de *ver. oblig.* que la obligacion de la construccion de una obra es individual, *singuli hæredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.*

La tercera, *individuum solutione tantum;* recae sobre cosas sus-

ceptibles de division, y que pueden ser debidas por partes, bien á los diferentes herederos del acreedor, bien por los diferentes herederos del deudor; y sin embargo, no pueden ser pagadas por partes. Ejemplo: Uno que debia alternativamente determinada casa ó la cantidad de cuarenta mil reales, muere dejando dos herederos. No podrá uno de estos dar veinte mil reales, y el otro la mitad de la casa; el pago se ha de hacer por los dos en toda la cantidad, ó en toda la casa; de otro modo seria perjudicado el acreedor.

Lo mismo sucede en la obligacion de cosas indeterminadas: si el difunto me era deudor de una fanega de tierra indeterminada, no podrá darme media fanega aquí y media en otra parte: yo tengo derecho á una entera y saldria perjudicado pagándoseme en dos mitades.

La intencion de las partes influye mucho en la materia. He tomado en arriendo cierta heredad; aunque esta es de suyo divisible, no se cumplirá con la obligacion ó arriendo ofreciéndome uno de los herederos su parte indivisa ó ya dividida en la misma heredad: es preciso que todos hagan lo mismo: el arriendo fué de la totalidad, y de otro modo no la habria yo tomado.

Si por una transaccion os habeis obligado á pagarme dos mil duros con espresa declaracion de que eran para librarme del apremio personal que yo sufria como deudor de igual suma, no cumplirá uno de vuestros herederos pagándome su parte, pues con esto no se llena el objeto ó fin del contrato que fué librarme del apremio.

Para ejemplo de una division intelectual cita el de un caballo ó una salvilla de plata, que aunque físicamente no se pueden dividir sin destruirse, como pueden pertenecer á muchos por partes indivisas, se reputan divisibles intelectuales; pero es sin duda mas exacta la ley al colocar esta obligacion entre las indivisibles: *quia nisi tota dantur, satis stipulationi non fit*. El que una cosa pertenezca á muchos pro indiviso, no basta para que se la califique de divisible intelectualmente. La indivision no es la indivisibilidad.

En resúmen, Goyena encuentra preferible á todas estas distinciones el sencillo texto de la ley 2.ª romana, que encierra en solos dos párrafos, ó por mejor decir en un solo, toda la doctrina de esta difícil materia, y da la clave para decidir con acierto todos los casos; el párrafo 1.° abraza y deslinda las obligaciones indivisibles *contractu, obligatione et in solutione:* las dos últimas especies no son en realidad mas de una á saber: la de que *partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur satis stipulationi non fit*: no cumpliéndose en la totalidad no se satisface á la estipulacion ni á la intencion de los contrayentes.

El Proyecto declara la obligacion divisible é indivisible segun que su objeto admite ó no division (Art. 1071). La obligacion será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intencion de los contrayentes no permitieran la ejecucion parcial.

### Artículo 2.°

*Efectos de las obligaciones divisibles.*

Una obligacion se llama divisible, no porque actualmente lo sea ó esté dividida, sino porque se puede dividir: aunque la cosa sea divisible, la obligacion es indivisa y no puede ser cumplida por partes. Antes hemos dicho, y los jurisconsultos tienen buen cuidado de advertir, que no es lo mismo la indivision que la indivisibilidad: *Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest* (Ley 4.ª, al fin, tít. I, lib. XLV, Dig.). Aunque la obligacion sea divisible el deudor debe cumplirla como indivisible: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (Ley 80, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

La division de la obligacion tiene lugar, ó por parte del deudor, ó por la del acreedor, ó por la de los dos á la vez. Se divide por parte del acreedor, cuando deja muchos herederos, cada uno de los cuales es acreedor solo de su parte; de donde se sigue que no puede pedir ni dar recibo mas que de su parte,

como no tenga poder para recibir la de los otros; así como el deudor puede pagar separadamente á cada uno de estos herederos la porcion que le corresponde.

La obligacion es divisible igualmente por parte del deudor cuando deja muchos herederos, pues cada uno de estos solo responde por su parte, y puede compeler al acreedor á que reciba la deuda en porciones.

Sin embargo; el principio de que en las obligaciones divisibles cada heredero del deudor no responde de la deuda, sino en cuanto alcance la parte de su herencia, sufre las siguientes escepciones.

1.ª Cuando la deuda sea hipotecaria, porque una cosa es la accion personal nacida de la obligacion del difunto, y otra la hipotecaria: la primera es divisible; la segunda no: escepto cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor.

La indivisibilidad de la hipoteca puede, sin embargo, destruirse por el consentimiento tácito, siempre que aparezca comprobado por actos suficientes (R. C. 20 Marzo 1852).

2.ª Si consistiere en un cuerpo cierto y determinado, que no puede dividirse sin destruirse, como por ejemplo un caballo. Por eso hemos incluido esta obligacion entre las indivisibles.

3.ª Si constase que uno de los herederos era el encargado de su cumplimiento. Aunque la obligacion sea divisible, ocurre con frecuencia que uno sea el encargado de pagarla, ó por la convencion ó por el testamento del difunto que le hubiera hecho este especial encargo, ó por auto del juez.

4.ª Si la deuda fuese alternativa de dos cosas, y se hubiere pactado que la eleccion fuera del acreedor, como lo seria si dos personas debieran á la vez míl pesos ó una casa.

Supongamos, por ejemplo, que un individuo debe determinada casa ó una suma de diez mil libras y muere dejando dos herederos: no se consentiria que uno pagase la mitad de una de las dos cosas hasta que el otro pagase la otra mitad; porque pudiera ser que este se negase, es decir, que habiendo pagado el primero la mitad de la casa quisiera él pagar la mitad de la cantidad, resultando un perjuicio para el acreedor

que tenia derecho á recibir una cosa entera y no dos mitades de dos diferentes.

5.ª Si de la naturaleza de la convencion ó de la cosa que es su objeto ó del fin por que se hubiera celebrado el contrato, resultase que la intencion de los contrayentes era que no se satisficiese la deuda parcialmente.

Tiene lugar esta regla cuando la cosa objeto de la convencion es susceptible de partes intelectuales, pero no puede ser dividida en partes reales, y tambien cuando aunque fuere divisible del último modo, no pudiera hacerse sin perjuicio del acreedor.

La obligacion es partible por parte de deudor y acreedor, cuando los dos han muerto dejando cada uno varios herederos.

### Artículo 3.º

### *Efectos de las obligaciones indivisibles.*

Versando estas obligaciones sobre cosas no susceptibles de division, el deudor está obligado á cumplirla en su totalidad: cuyo efecto es aplicable igualmente á sus herederos, aun cuando entre ellos nada se hubiese pactado.

*Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis hæredibus debentur* (Ley 192, Dig. de *reg. jur.*).—*Ex his igitur stipulationibus ne hæredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quandiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona hæredum conditio obligationis immutatur..... idemque est in ipso promissore* (Ley 2.ª, §§ 2.° y 4.°, tít. I, lib. XLV, Dig.).

Cuando deje de cumplirse una obligacion indivisible, responden todos los deudores de los daños y perjuicios: y si fuese de cantidad determinada, responden al pago de intereses. Al efecto puede el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos, salvo el recurso del demandado á repetir contra los demas.

Esta obligacion produce efectos análogos respecto á la persona del acreedor. Cada uno de los herederos de dicho acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligacion indivisible. Se llama esta obligacion indivisible, porque no se puede divi-

dir en partes: tal como se pactó, debe cumplirse en beneficio de la persona ó personas que tengan este derecho. Constituida una servidumbre de paso por una heredad ajena en beneficio de otra mia, cada uno de mis herederos puede pretenderla por entero. *Si divisionem res promissa non recipit veluti via: hæredes promissoris singuli in solidum tenentur* (Ley 2.ª, § 2.ª, tít. Dig. de *verb. oblig.*).

Pero no podrá remitirla, ni tampoco exigir el precio en lugar de la cosa, siendo un cuerpo cierto y determinado; y si lo hiciere, sus coherederos podrán reclamar el cumplimiento de la obligacion indivisible, abonando al deudor la parte que correspondia al heredero que hizo la remision ó recibió el precio.

Así por ejemplo: si uno vendió un caballo y antes de entregarle al comprador muriera este dejando dos herederos, podrá cada uno pedir el caballo por ser esta deuda indivisible; pero no podrá pedir uno por sí solo su valor, aunque sea de la parte que pueda corresponderle en el precio: y si así lo hiciere, no impedirá esto que el otro pida el caballo, abonando al vendedor la parte de precio satisfecho al otro heredero.

La razon que para esto se alega es que en la obligacion indivisible deben la cosa íntegra todos los deudores y sus herederos á los acreedores, y los suyos por efecto de una necesidad, porque la indivisibilidad es una calidad real, inherente á la obligacion y á la cosa debida; de donde resulta que ni se puede remitir la obligacion, porque esto seria despojar á cada acreedor de su derecho, ni admitir en su equivalencia el precio, porque ninguno en particular está autorizado para cambiar la obligacion, y no puede admitirse una cosa divisible en lugar de la otra que no lo es.

Sucede lo contrario en las obligaciones solidarias; pero es porque entre la indivisibilidad y la solidaridad existe esta diferencia: que la primera es una cualidad real de obligacion que pasa con esta cualidad á los herederos, en cuya virtud cada uno de los herederos del deudor es deudor del total; al paso que la segunda, como nacida de la voluntad de los contrayentes, es una cualidad de la persona, lo que no impide que esta obliga-

cion solidaria se divida entre los herederos de cada uno de los deudores ó acreedores solidarios: *in correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, et non transit in hærede nec ad hæredes, inter quos active vel pasive dividitur, sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitæ adhæret, et transit ad hæredes et in singulorum hæredum hæredes singulos in solidum* (Dumoulin).

Un ejemplo aclarará mas esta doctrina: dos empresarios se obligaron simplemente á construirme una casa: su obligacion es indivisible: los dos y cada uno de ellos quedan obligados al todo, es decir, á darme la casa acabada: que es el efecto necesario de la indivisibilidad. Pero si por la inejecucion de la obligacion primitiva se convierte esta en la secundaria de resarcir daños é intereses no podré pedirlos, sino por mitad á cada uno de los empresarios, porque cesó la indivisibilidad ó calidad real, y la obligacion fué simple y no mancomunada: *aliud est debere totum, aliud debere totaliter.*

En el caso propuesto, si los empresarios se obligaron de mancomun podré reclamar de cada uno por entero los daños é intereses, porque la mancomunidad es obra esclusiva del hecho personal de los contrayentes que quisieron quedar obligados siempre al todo y *totaliter*. Por donde se ve demostrado otro teorema de dicho autor: *longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam.*

## § V.

### *Obligaciones con cláusula penal.*

#### Artículo 1.°

#### *Naturaleza de esta obligacion.*

Los contrayentes añaden en ciertos actos á la garantía de su palabra el apremio de una pena convencional: tal es el orígen

de esta nueva especie autorizada espresamente por el derecho.

Ley 34, tít. XI, Part. 5.ª—*Pena ponen los omes á las vegadas en las promisiones que facen, porque sean mas firmes é mejor guardadas. Esta pena es dicha en latin* conventionalis: *que quiere tanto decir como pena puesta á placer de amas las partes. E decimos que maguer la pena sea puesta en la promision, non es tenudo el que la face de pecharla é de facer lo que prometió, mas lo uno solamente. Fueras ende.....*

Concuerda con esta ley la 1.ª, tít. XI, lib. I, F. R. *Todo pleito que entre algunos omes es fecho derechamente: quier sea por scripto, quier sin scripto, maguer pena no sea y puesta; firmemente sea guardado, y el alcalde fagagelo guardar: é si en el pleito fuere pena puesta, quien contra el pleito viniere, peche la pena así como fuere puesta en el pleito.*

Se dirige la cláusula penal á asegurar el cumplimiento de un contrato, comprometiéndose el obligado á cierta cosa en el caso de inejecucion: el enunciado, la fórmula varia segun que la obligacion consista en hacer ó en no hacer: *cum quid ut fiat stipulemur pœnam, sic recte concipiemus: si ita factum non erit. Cum quid ne fiat, sic: si adversus id factum sit* (Ley LXXI, Dig., de *verb. oblig.*).

En el contrato celebrado con esta cláusula, pueden distinguirse dos verdaderas obligaciones, una principal y otra subsidiaria. No se estingue por la conclusion del término la obligacion actual: no; subsiste con la pena que precisamente fué estipulada para asegurar el cumplimiento de la obligacion primitiva no para resolverla. Lo cual se demuestra por la ley 40 de dichos título y Partida. *Otorgan los omes é prometen unos á otros de dar ó de facer alguna cosa, obligándose á pena cierta, si non cumplieren aquello que otorgan ó prometen. E una de las razones, porque se mueven á poner esta pena es porque aquellos que prometen de dar ó facer la cosa, sean mas acuciosos á cumplir la promision por miedo de la pena..... E decimos que si la pena es puesta sobre cosa que promete alguno de facer, cae en ella aquel que fizo la promision é es tenudo de la pechar, si non face aquello que promete facer.....*

No es posible confundir esta obligacion con la condicional,

aun cuando la última se haya celebrado estipulando un hecho, una prestacion. Por ejemplo: uno promete á otro darle una cantidad si le permite cierta cosa que desea ó que le es útil; esta obligacion que el promitente se impone de pagar una cantidad en caso de lograr su objeto será condicional; pues supongamos que se compromete á dar ó hacer alguna cosa dentro de cierto tiempo ó sin tiempo fijo, y de no hacerlo se impone la obligacion de abonar una cantidad á favor de aquel con quien se obligó, esta seria una obligacion con cláusula penal.

### Artículo 2.°

*Efectos de esta obligacion.*

Los efectos de esta obligacion por su naturaleza accesoria siguen las modificaciones de la principal.

Si esta fuere afirmativa y se hubiere contraido á dia señalado y bajo cierta pena, debe el deudor pagar la pena ó cumplir la obligacion tan luego como llegue el dia, aun cuando el acreedor no le hubiere demandado (Ley 35, § 1.°, tít. XI, Partida V).

Si no hubo señalamiento de dia, y demandado en tiempo y lugar conveniente, no quisiere acceder el deudor, ó dejare pasar el tiempo en que pudo haberlo cumplido, será apremiado á pagar la pena (§ 2.°).

La cláusula penal equivale á la compensacion de daños y perjuicios: por lo que los códigos modernos terminantemente resuelven que sea que la obligacion primitiva contenga ó no término para su cumplimiento, no incurre en ella el deudor sino despues de haber sido declarado en mora. Pero el Derecho romano que copian nuestras leyes, tenia por máxima: *dies interpellat pro homine.*

La interpelacion es necesaria cuando la obligacion no contenga término segun dicha ley y el § IV de la 15, de este título y Partida. *E decimos que cuando algun ome promete á otro de dar ó de facer tal cosa non señalando en que sazon nin en cual*

*dia; obligándose que si esto non diese ó non ficiese que pecharia por pena tantos maravedises ó tal cosa, entonce se debe entender que se puede demandar la pena, cuando aquel que fizo la promision pudiera dar ó facer lo que prometió, é non quiso seyéndole demandado en juicio.*

Sobre la palabra *pena* Gregorio Lopez advierte que está empleada cuidadosamente: *nam ipsum principale promissum statim posset peti* como hablando de la obligacion pura previene la ley 13 del título (Glosa 6.ª).

En cuanto al requisito necesario para ser constituido en mora, la ley exige reclamacion judicial: el comentador añade: *sed adhuc tene quia casus litis contestationis hic expressus, per quem constituitur in mora, non excludit alios modos per quos quis in mora constituatur, et pœna peti possi, maxime hodie de jure Regni dict. l. paresciendo, quæ facit cessare opiniones* (Glosa 7.ª).

Si la obligacion fuese negativa, no se podrá exigir su cumplimiento hasta la muerte del obligado ú otra imposibilidad semejante. Dicha ley 15, § último, añade..... *Mas si la condicion es puesta en el pleito ante del prometimiento, diciendo. Si vos yo non diere ó non ficiere tal cosa, prometo de vos dar ó pechar tantos maravedís; tal condicion se entiende que se puede alongar, fasta el dia de la muerte del que fizo la promision; ó fasta aquel tiempo que la cosa prometida non perece por muerte, ó porque es destruida ó perdida. E de aquel dia en adelante puede ser demandada la pena.*

En los contratos no tiene lugar como es sabido la caucion *Muciana* de los romanos.

En la obligacion indivisible con cláusula penal bastará la contravencion de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena, la cual podrá exigir el acreedor del contraventor ó de cualquiera de los herederos. El art. 1083 del P. C. sanciona este principio que consigna entre otras la ley 4.ª, § I, tít. I, lib. XLV; Dig.: *Ab omnibus si id factum de quo cautum est individuum sit; veluti, iter fieri, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur.....*

Esplicando la diferencia entre esta obligacion y una divisi-

ble añade: *in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit.* Yo he estipulado con F. la servidumbre de no hacer construccion ninguna delante de mis ventanas, pena de 300 francos en caso de contravencion. Juan le hereda en union con otros dos hermanos, y levanta una pared, puedo reclamar de cualquiera de ellos los 300 francos en su totalidad, porque todos aparecen en falta. Sin embargo, en el caso de pedir al que no era culpable, deberá el que lo sea indemnizar al que hubiere pagado.

Aunque el Proyecto aplica la misma regla á las obligaciones divisibles, lo hace separándose del derecho romano, pues la citada ley 4.ª continúa: *At si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: tum eum hæredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere.*

Tal es el contesto del art. 1233 del Código francés cuya decision parece justa. Si yo, dice Rogron, he convenido con cierta persona que me entregaria treinta fanegas de trigo bajo la pena de 900 francos en caso de no cumplimiento, y muere dejando tres herederos, su deuda se divide y cada uno de ellos me debe diez fanegas. Si uno deja de pagarme, me deberá 300 en virtud de la cláusula penal: de los otros nada puedo reclamar: contra él es contra quien debo dirigirme, porque la deuda estaba dividida.

### Artículo 3.°

*Consecuencias de la doctrina espuesta.*

La nulidad de la obligacion primitiva lleva consigo la de la cláusula penal.

La razon que dan los autores consiste en que la segunda como accesoria, no puede subsistir faltando la principal. Pero no hay necesidad de acudir á esta suposicion para esplicar esta regla. Si la obligacion penal es nula cuando va unida á la promesa de una cosa imposible ó ilícita, consiste en que le afecta el mismo vicio. *Verum non es pœnalem stipulationem esse accessionem*

*prioris, sed, æque atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior cui subjicitur sit inutilis: cum nunquam una stipulatio quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur. Quod vero impossibili, aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio et ipsa inutilis est, non ex eo sit, quod pœnalis stipulatio est accesio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio quo prior laborat. Quippe subjecta impossibili, et ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta et ipsa turpis, ut pote delecti invitandi causa subjecta; neque vero pecunia dari potest ut pœna, ubi non præstat promissor quod natura aut jure præstare non potest* (Vin. de in stip. §. 18.).

La pena unida á una estipulacion inútil puede ser válida segun testo espreso de la ley 38, tít. XI, Part. V al principio. *Poniendo pena algunos omes entre si sobre promision que ficiesen, maguer la promision non sea valedera, vale la pena é será tenudo de la pechar el que la fizo.* Semejante disposicion se contrae al caso en que seria inútil la promesa, si no se le añadiera una pena que es el de la estipulacion á nombre de otro como aparece del § 19, tít. XX, lib. III, Inst.: *Alteri stipulari nemo potest... Plane si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest... Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit pœnam, nisi dederis tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.*

La obligacion penal que sirve aquí como condicion de otra, es útil por sí misma, aunque la principal no lo sea. Dejaria de serlo ó seria nula puesta como garantía de una obligacion absurda. *Fueras ende si la promision fuese fecha contra ley é contra buenas costumbres.*

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligacion principal. La razon que se alega es que lo principal puede existir sin lo accesorio, y la obligacion penal es distinta de la primitiva, es una obligacion secundaria. Ley 97, Dig. de *verb. oblig.*: *si stipulatus sum te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari? proinde erit atque si te sisti solummodo stipulatum essem.* La 126, § 3.°, del mismo título añade: *detracta stipulatione, prior manet utilis.*

Otro punto de interés en la materia es la moderacion de la

pena si resultare escesiva. La regla por derecho romano era: *quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur et peti possit.* Cuando los perjuicios escedian evidentemente de la cantidad fijada en la cláusula penal, podia reclamarse esta y los perjuicios. Azon lo esplica por la diferencia que existe entre el interés convencional y los daños é intereses fijados en el contrato; pues en el primer caso se presume haber sido la voluntad de los contrayentes limitarse: *intra justum modum;* no así en el segundo: *car ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus.*

Pothier ha sostenido la opinion contraria, fundado en que la pena es el equivalente de los daños é intereses correspondientes al acreedor en el caso de incumplimiento de la sentencia; por lo cual, de la misma manera que estos se reducen por el juez siendo escesivos, debe moderarse la pena que tambien la sea.

El art. 1231 del Código francés declara que la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligacion principal ha sido ejecutada en parte. Por ejemplo: me he obligado á daros dos caballos, y si no os los doy, á pagaros 500 francos: os doy uno que aceptais, el juez podrá reducir la cláusula penal á 250 francos.

El art. 1085 del Proyecto copia esta doctrina. El comentador la apoya en cierto fragmento del Dig., que en un caso semejante dice: *Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.* El juez para la modificacion de la pena, debe tener en cuenta la posicion respectiva de las partes y todas las demás consideraciones que puedan ilustrar su prudente arbitrio.

Concluiremos el párrafo recordando los casos en que cesa la pena, á cuyo efecto es preciso advertir que la ley distingue dos clases; la de que venimos hablando, pena convencional, y la judicial, pena de estar á derecho: *como si un ome fiase á otro en juicio ante el juzgador, prometiendo so cierta pena quel ayudaria á estar á cumplir de derecho al que oviese querella del al plazo que pudiesen* (Ley 36, tít. XI, Part. V).

La 37 contiene dos partes: en la primera, hablando de este caso, dice: que cuando uno se obligó á presentar á otro en

juicio bajo cierta pena y le sobreviniera alguna imposibilidad de cumplirlo, así como enfermedad, ó por avenidas de rios ó por otro embargo semejante, *non es tenudo por ende de pechar la pena*. Y lo mismo seria cuando hubiere mandado el juez á uno que hiciese á otro una cosa á cierto dia bajo pena señalada, *ca si á alguna de las partes aviniese embargo derecho, porque lo non pueda facer; non cae en la pena, queriéndolo facer lo mas aina que pudiere*.

La segunda parte, relativa á la pena convencional, contiene otros dos párrafos: dice el 1.° *Mas en las penas que no son puestas en juicio, que ponen los omes fuera de juicio, si non cumpliere cada uno lo que prometió fasta aquel dia que señaló para cumplirlo, tenudo es de pechar la pena é non se puede escusar por embargo que haya*.

Los intérpretes han supuesto que la ley habla del deudor despues que se hubiese constituido en mora, único medio de armonizarla con la 20, tít. XIV, Part. VII.... «*E decimos que si aquel cuya era la cosa, fuese obligado de la dar á alguno ó el fruto della so pena cierta, é á dia señalado, si cayó en la pena, porque non la pudo dar por razon que le era furtada, que estonce el daño, é el menoscabo que le aviniese por tal razon como esta, ó en otra semejante, tenudos serian los ladrones á sus herederos de lo pechar*.

Si no se esplica de esta suerte hay que entenderla segun la 137, § IV, de *verb. oblig.*, con la que concierta y que habla, no de un embargo que constituya impedimento, sino simple dificultad.

Del caso fortuito nadie responde; por lo cual se exime de pena el que debiese entregar una cosa, si pereciera antes del dia señalado para la entrega. *Fueras si la pena fuese puesta sobre cosa cierta que oviese á dar, ó se perdiese ó muriese sin culpa ante del dia que la ovo á dar ó mostrar*.

Cesa tambien la pena cuando se hubiese impuesto en una promesa de matrimonio segun lo terminantemente decidido por la ley 39 de este título: *casamiento quieren facer los omes á las vegadas é obligarse á cierta pena..... E si acaesciere que alguno*

*dellos non quiera cumplir el casamiento, aquel que fizo la promision..... non es tenudo de pechar la pena. El casamiento non debe ser fecho por miedo de pena, mas por amor.*

## SECCION IV.

### ESTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

Todos los Códigos escritos con algun sistema dictan disposiciones sobre esta materia: no hay mas diferencia sino que los modernos la presentan antes y los antiguos despues de examinados los contratos.

Ley 2.ª, tít. XIV, Part. V.—[1]*De pagas son tantas maneras, cuantas son naturas de debdas, en que un ome se puede obligar á otro, ca segun dicen los sabios, pagando ome lo que debe, es libre de la obligacion en que era por lo que debia dar ó facer.* [2]*E aun puede ome ser libre de ella por quitamiento ó por renovar pleito otra vez ó por dar de mano quien cumpla el pleito ó faga la paga, ó por compensacion, que quier tanto decir como descontar un debdo por otro; ó por muerte de la cosa, que debe ser dada: é en otras maneras muchas que se muestran por las leyes de este título.*

Conforme á la teoría romana, la obligacion se estinguia *ipso jure* y *ope exceptionis*: los modos de estinguirse las obligaciones *ipso jure* eran la solucion, aceptilacion, novacion, mútuo disenso, confusion, oferta y consignacion, compensacion, concurso de dos causas lucrativas en una misma persona, pérdida de la cosa: A los modos de estinguirse *ope exceptionis* correspondian el testamento, el pacto, la sentencia, el juramento y el tiempo.

Nuestros intérpretes presentan estos modos con órden sistemático, pero diverso, lo cual aumenta ó disminuye su número. El Proyecto no hace mas que enumerarlos, y nosotros vamos á seguirle prefiriendo su sencillez á un artificio científico.

## § I.

## *Paga ó solucion.*

### Artículo 1.°

*Acepciones de esta palabra.*

La palabra solucion es general y especial: en su sentido lato denota mas bien que la prestacion de la cosa objeto de la obligacion, la sustancia de esta, y por consiguiente su cumplimiento: en este sentido la usa la ley 176, Dig. de *verb. sign.*: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet: solvere dicimus eum qui fecit quod facere promissit.*

En su sentido propio y especial no es mas que la prestacion natural y real de lo que uno debe dar ó hacer; así la emplea Justiniano al principio del tít. XXX, lib. III, Inst.: *tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur;* así la define tambien la siguiente ley de Partida, 1.ª del tít. XIV. *Paga tanto quiere decir como pagamiento que es fecho á aquel que debe rescibir alguna cosa, de manera que finque pagado della, ó de lo quel deben facer.....*

### Artículo 2.°

*Qué personas pueden pagar.*

Pueden pagar todos los que tengan capacidad para trasferir la propiedad de sus cosas. Por el pago se trasfiere la propiedad y no puede trasferirla el que no la tiene, ó teniéndola, no puede enajenarla; de modo que el pago supone dos cosas: propiedad y derecho para disponer de ella.

Por falta de estos requisitos la ley 14, § 8.°, Dig. de *Sol.* declara que el pupilo ó pupila no pueda hacer pagos ó satisfacer deudas sin la autoridad del tutor: *Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est.....*

Tampoco la mujer casada puede verificar el pago sin li-

cencia del marido, prestada en los términos que previenen las leyes 11 y siguientes del tít. I, lib. X de la Nov. Rec. cap. 5, sec. 1.ª, Ley *matrim. civ.*

Ni los locos y los que tienen intervenidos sus bienes judicialmente; cuya prohibicion es bien conocida para que nos detengamos á esplicarla.

Cuando el pago hecho por uno que no sea propietario, ó que carezca de la capacidad de enajenar, consiste en una suma de dinero, ú otra cosa fungible, no habrá repeticion contra el acreedor que lo haya consumido de buena fé.

El Proyecto establece esta máxima consignada por escepcion en el § 8.° de la ley 14, Dig. de *Solut.* antes citada: *sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt: plane si fuerint consumpti, liberabitur.*

Pothier dice que el consumo hecho de buena fé de una cantidad de dinero ú otra cosa fungible, equivale á la traslacion de la propiedad, pues no habrian sido mayores los derechos que con ella adquiriese el acreedor, y su reivindicacion seria imposible, porque esta solo procede contra el poseedor, ó el que maliciosamente dejó de poseer.

Nosotros debemos recordar que la ley romana, fundamento de esta doctrina, habla del pago hecho por un pupilo; estenderla á distinto caso solo seria aceptable cuando no hubiese de resultar perjuicio á tercero; pues como Goyena observa, pueden fácilmente discurrirse casos de pagos hechos con dinero hurtado en que la equidad y la justicia aboguen mas por el robado que por el acreedor, aunque de buena fé.

Ampliacion: ..... *E non tan solamente es quito ome de lo que debe, faciendo paga dello por sí mismo, mas faciendola á un otro cualquier por el en su nome. E maguer aquel que debe aquel debdo no supiese que otro facia la paga por el, con todo eso seria quito. E aunque lo supiese é lo contradijese,* § ult., ley 3.ª, tít. XIV, Part. V.

El pago es válido, aunque no lo haga por sí mismo el deudor, si no hecho por otro á su nombre, lo cual puede tener lugar en distintos casos.

1.° Los tutores, curadores y maridos en nombre y por cuenta de las personas que tengan bajo su poder ó direccion. Esta es una máxima tanto como de ley de jurisprudencia universal.

2.° Cualquiera persona con consentimiento espreso ó tácito del deudor, y lo mismo aunque lo ignore ó aunque lo sepa y lo contraríe.

Así lo decide Gayo en la ley 53, Dig. de *Sol.*: *Solvere pro invito et ignorante cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere;* con cuya ley, y no es la única de aquel derecho, guarda conformidad la nuestra de Partidas.

El pago ha de hacerse en nombre del deudor, de suerte que en opinion de los juristas no seria válido el que uno hiciese de cierta cantidad creyéndose deudor de ella, aunque otro la debiese y el acreedor estaba obligado á devolverla al que pagó por error.

De aquí nace una cuestion: puesto que en algun caso el pago hecho por un tercero no estingue la obligacion del verdadero deudor, ¿será ó no preciso oir antes al acreedor?

Los intérpretes suelen sostener la afirmativa: *regula generalis est quod aliud pro alio invito creditore non potest solvi* (Gom. V. R., tomo II, cap. III, núm. 2).

Ley espresa no hay que lo decida: la mas pertinente que es la 72, § 2.°, Dig. de *Sol.* da á entender lo contrario; pues resuelve que las ofertas hechas por cualquiera persona al acreedor en nombre, aunque sin el consentimiento del deudor, si no las admite, le constituyen en mora: *Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus: quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente stipulator accipere noluisset.*

Consideramos acertada la siguiente reflexion de los doctores La Serna y Montalban. «No nos parece ni aun probable la opinion de los que sostienen que en algunos casos debe oirse al acreedor respecto á la persona que le hace el pago, ignorándolo ó contradiciéndolo el deudor. El ejemplo de que se valen, á

saber, el de que la deuda fuera proveniente de no haber satisfecho las pensiones de un censo, y que el pago se hiciera para evitar la pena del comiso, prueba su falta de fundamento. Al censualista lo que le importa es que se le paguen las pensiones y la dura pena del comiso solo puede ser disculpada como medio que las garantiza.»

El mismo espíritu domina en el Proyecto, Goyena dice: la ley no puede permitir que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor; que un hijo no pueda estinguir la obligacion de su padre, ni este la de su hijo, ó un amigo las obligaciones de su amigo, ó un hombre benéfico la de un desgraciado ó ausente.

Si es válido el pago hecho por persona estraña aun contra la voluntad del deudor, mas debe serlo cuando le hagan las personas que tengan algun interés en el cumplimiento de la obligacion: tales como los deudores y fiadores: es doctrina tambien del Proyecto, y no tenemos dificultad en aceptarla, porque segun espresion de uno de sus autores, el interés es la medida de la accion.

Los efectos de todo pago están descritos en la ley 1.ª; *Tiene gran pro al debdor, porque cuando paga la debda, fincan libres el é sus fiadores é los peños, é sus herederos, de la obligacion en que eran obligados, porque lo debian dar ó facer.*

Sea cualquiera la persona que haya hecho el pago, quedan libres para con el acreedor no solo el deudor, sino tambien los fiadores, las prendas é hipotecas, lo cual debe entenderse sin perjuicio de los nuevos derechos adquiridos por el que hizo el pago en nombre del deudor, quien podrá repetir su importe por la accion de mandato, si obró con su consentimiento, por la de gestion de negocios si lo ignoraba, y como cesionario del acreedor haciéndose entregar la llamada carta de lasto, si procedió contra su voluntad.

El principio de que el pago es válido, hecho por tercera persona, tiene lugar en las obligaciones de dar, porque al acreedor le debe de ser indiferente que uno ú otro le entregue la cosa con tal que la reciba. Cuando la obligacion es de hacer,

puede cumplirla cualquiera, si el acreedor no tiene ni se ha propuesto un interés especial. Si ha contratado un obrero para que le cultive una viña, cualquiera que sepa y lo haga, basta para cumplir el contrato. Mas si ha contraido la obligacion, teniendo en cuenta la aptitud ó determinadas circunstancias de la persona, no puede sustituirse otra en su lugar: *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ et doctrinæ et institutionis. Ideo si navem à se fabricandam quis promiserit, vel insulam ædificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat; fidejussor ipse ædificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore non liberabit reum* (Ley 31, Dig., de *solut.*).

Nadie puede ser compelido á pagar, satisfacer ó reintegrar á otro una cosa sin que se haga constar de una manera legal el contrato de que nazca la obligacion, ó lo que es lo mismo la causa de deber, bien proceda esta de pacto, de testamento, de sentencia judicial ó de otro cualquiera título (R. C. 29 Noviembre 1866).

### Artículo 3.°

*A qué personas se puede pagar.*

*Pagamiento de las debdas debe ser fecho á aquellos que las han de recibir* (§ 1.°, ley 3.ª).

De donde se deduce la siguiente regla: que para que el pago sea válido, debe hacerse á la persona, en cuyo favor estuviese constituida la obligacion ó sea al acreedor, entendiendo por tal, no solo la persona con quien el deudor ha contratado, sino sus herederos ó los sucesores en su crédito.

Esta regla admite limitaciones ó ampliaciones.

Ley 4.ª—[1]*Apercibido debe ser todo ome que oviere de facer la paga al menor de veinte é cinco años para facerla de manera que la non haya de pagar otra vez. E para ser seguro desto, debe pagar lo que debe á él ó á su guardador con otorgamiento ó mandamiento del juez del lugar. Ca si de otra guisa lo ficiese é despues jugase los dineros quel fuesen pagados ó los malmetiese, ó perdiese en alguna manera, non seria quito del deb-*

*do. Ante lo habia á pagar otra vez.* [2] *Mas faciendo la paga con otorgamiènto del juzgador, como quier que ficiese despues su daño de los dineros el menor de veinte é cinco años, non seria tenudo el otro de gelos pagar. Ante seria quito en todas guisas del debdo. Eso mismo debe ser guardado en la paga que oviese á facer al loco ó al desmemoriado, ó al desgastador de sus bienes á quien fuese dado guardador.*

No es válido el pago hecho al acreedor si este no tiene la libre administracion de sus bienes: hé aquí una limitacion. El deudor de un menor que desee de una vez estinguir su deuda debe pagarle á él ó su guardador con mandamiento del juez; de otro modo no quedará libre.

La ley garantiza á todos sus derechos: á nadie priva de ellos sin darle su representante legítimo, como el guardador lo es en este caso del menor ó del pupilo. La ley es trasunto de otras aceptadas como de derecho universal: *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest* (Ley 15), *tutori quoque, si soluta sit pecunia, vel curatori proficiet ei solutio* (Ley 49, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

Son legítimos y valederos los pagos de deudas hechos á un tutor ó curador que tiene discernido su cargo, y que está autorizado para cobrar cuanto al menor se debe (R. C. 11 Diciembre 1857).

Mas para que adquiera el deudor completa libertad, es menester que haga el pago con otorgamiento ó mandamiento del juez. Si la palabra otorgamiento fuere aquí sinónima de licencia, no la interpretaria bien Gregorio Lopez cuando advierte: *Ex hoc verbo patet quod sufficeret aprobatio judicis.* Mas como la ley habla en el supuesto de que el pupilo ó menor haya malbaratado la cantidad satisfecha; si antes de dilapidarla el deudor consigue que el juez apruebe ó dé por bien hecho el pago, aunque despues lo malgaste, no tiene responsabilidad: *licet post sententiam pecuniam amittat, non poterit minor restitui.*

Usa la ley espresamente la palabra *quito* para manifestar que sin la garantía que presta la intervencion del juez, el deudor no estaria seguro aunque pagase al tutor ó al curador, porque pudiera el menor haber sufrido perjuicio; en cuyo caso

le compete el beneficio de la restitucion: *et non dicitur debitor securus si peti potest in integrum restitútio* (Glosa 7.ª).

Los locos ó desmemoriados, equiparados á los menores en cuanto á ciertos efectos jurídicos, gozan de sus mismos beneficios.

Respecto á los pródigos la ley no requiere que espresamente les haya sido quitada la administracion; pero lo da á entender el hecho de tener nombrado guardador.

Este último párrafo no puede ofrecer dificultades.

¿Y cuándo ó en qué caso se declara nulo el pago hecho á un incapacitado?

El Derecho romano contesta: *Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest... si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit* (Ley 15, tít. III, lib. XLVI, Dig.).—*Jure pupillum non teneri sed in quantum locupletior factus est, dandam actionem..... Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur: sed nec in emendo nisi in quantum locupletior factus est* (Leyes 1.ª y 5.ª, § 1.º, tít. VIII, lib. XXVI, Dig.).

El de Partidas abundando en esta idea dice *que non seria quito el debdo, si jugase los dineros, ó los malmetiese ó los perdiere.*

Consecuente el Proyecto declara en el art. 1102, § 1.º, que el pago hecho á una persona impedida de administrar sus bienes es válido, en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.

Para que el pago hecho á una mujer casada estinga la obligacion del deudor, debe hacerse al marido como legítimo representante de ella segun lo dispuesto en la ley 11, tít. I, libro X, Nov. Rec., que la prohibe celebrar contrato ó cuasi-contrato, ni dar *por quito á nadie de el* sin licencia de su marido.

Cuando el acreedor sea un hijo de familia, el pago debe hacerse al padre siempre que no se trate de su peculio castrense ó casi castrense.

El pago hecho al apoderado ó al que tenga poder de un acreedor, es válido, como si se hubiese hecho á este mismo: hé aquí una ampliacion.

Ley 5.ª—¹*Debda debiendo un ome á otro é pagandola á otro*

*tercero, por mandado de aquel á quien la debia, á sin su mandado, habiendolo el despues por firme, tambien es quito del debdo el que lo debia, como si lo oviese pagado á el mismo. [2]Eso mismo seria, si pagase el debdo al mayordomo ó al procurador, que fuese puesto señaladamente del señor del debdo para recibirlo, é para recabdar é procurar todos sus bienes.*

No es fácil buscar la referencia de esta ley en el Derecho romano, porque son muchos los testos del Digesto que consignan la misma regla: *solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter si numerata est creditori. Sed et si jussu ejus alii solvitur proficiet ei solutio* (49, tít. III, lib. XLVI, Dig.). — *Vero procuratori recte solvitur* (12 id.) *quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset* (180 de *reg. jur.*).

Su esplicacion, aunque sencilla, merece algun estudio. En la primera parte equipara el mandato á la ratificacion; de modo que si es válido el pago hecho á otro en virtud de poder que ha recibido de tercera persona, lo es igualmente el que sin aquel requisito, este aceptó y confirmó por la aprobacion posterior.

La ley imita la 12, § IV, Dig. de *Sol.*, *Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est liberatio contingit.* Con la circunstancia de que teniendo la ratificacion efecto retroactivo, segun la máxima, *rati enim habitio mandato comparatur*, el pago se considera válido desde el momento en que se hizo.

El mandato á que la ley se refiere es el especial y limitado á un caso, si fuere general, como suelen tenerle el mayordomo y procurador, ha de contener cláusula espresa conforme al segundo párrafo donde exige *que sea puesto señaladamente el señor del debdo para recibirlo, ó para recabdar é procurar todos sus bienes*: *Oportet ergo quod constet de mandato; nam si non constaret, licet dubitaretur de mandato non posset ei solvi* (Glosa 3.ª) citando el comentador en apoyo de esta doctrina la ley 12, Dig. de *Sol.* idéntica á la nuestra: *vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.* Una sentencia de 29 de Setiembre de 1865 ha sancionado esta doctrina.

Del principio antes establecido, á saber, que el pago hecho

á un apoderado, es como si se hiciese al mismo acreedor, se deducen las siguientes consecuencias:

1.ª Que el poder surte todo su efecto, sea cualquiera la persona en cuyo favor se otorgue, aunque sea un menor; pues se atiende á la persona del poderdante, único responsable de su buena ó mala eleccion.

2.ª Que vale aunque el otorgante sin ser el mismo acreedor, obre en representacion ajena. Si el acreedor, v. gr., es un menor ó una mujer casada, el pago hecho al apoderado del tutor ó del marido es válido.

3.ª Que el pago hecho al apoderado no es válido, sino en cuanto lo habria sido ejecutado al mismo otorgante. Por lo que si el acreedor fuese un menor ú otro que sufriese la interdiccion seria nulo el pago hecho á un tercero, aunque obrase en virtud de poder de estos.

El pago hecho al apoderado tampoco es válido, si no en cuanto dure el poder. De modo que si el poderdante hubiese limitado tiempo ó señalado el de su ausencia, hasta entonces, y no mas, subsiste el derecho del apoderado. Por eso es tambien nulo el pago verificado despues de la revocacion del poder; mas para esto es preciso que haya tenido conocimiento de la revocacion y que se le haya notificado en forma: *Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur: ex voluntate enim domini ei solvitur; quam si nescit mutatam qui solvit liberatur* (51, Dig. de *Sol.* Conciertan la 12, § 2.°, y la 34, § 3.°).

Es además terminante la 6.ª, dicho título, Part. V.—*Mandando algun ome á su debdor que aquello quel debiese que lo pagase á otro alguno que le señalase ciertamente: si despues le defendiese que gelo non pagase, é el debdor contra tal defendimiento lo pagase, non seria por ende quito del debdo.* [2]*Mas si acaesciese que se lo pagase despues que gelo mandase pagar, é el señor, cuidando que lo non avia aun pagado, le defendiese que lo non pagase, quito seria del debdo el que así ficiese la paga. Eso mismo seria si despues que le oviese mandado pagar el debdo, le enviase á decir por carta ó por mandado cierto, que lo non pagase. Ca si acaesciese que non diese la carta, nin el*

*mandadero non gelo dijese é pagase el debdo, non sabiendo que lo avia defendido el que gelo mandara pagar, seria quito del debdo el debdor, tambien como si lo oviese pagado á él mismo.*

El procurador para pleitos, puede demandar una deuda, no recibir su pago como espresamente no se le confiera esta facultad.

Esta diferencia se halla establecida por la ley 7.ª *Personero faciendo un ome á otro para demandar en juicio alguna debda, maguer venciese al debdor, non gela debe pagar á este personero atal. Fueras si el dueño en la carta de la personeria le otorgase poder tambien para recibir la paga como para demandar el debdo. E si tal poder non le otorgase en la carta debe pagar é entregar el debdo al señor é non al personero. Tal personero como este no puede facer pleito de quitamiento con aquel á quien ha á demandar el debdo que gelo non demande nin gelo puede quitar. Mas si en la carta le fuere otorgado libre é llenero poder, en demandar é recabdar la debda é facer las otras cosas que el señor podria facer si fuese presente, podria recibir la paga ó quitar el debdo tambien como el señor.*

El argumento de esta ley es el mismo que el de la 86, Dig. de *Sol.*: *Hoc jure utimur ut litis procuratori non recte solvatur..... si tamen ad hoc datus sit, ut et solvi possit, solvendo eo liberabitur.*

Igualmente puede hacerse el pago á un tercero designado en la convencion, ó despues de celebrada esta, si antes de verificarse el pago, no mudó de voluntad el acreedor, prohibiendo que se pagase á la persona que designó. La referida ley 5.ª en el párrafo 2.º resuelve este caso en el que no insistimos porque nada ofrece de particular; solo es de advertir, que no siendo justo que uno se enriquezca con perjuicio de otro, la ley continúa: *Pero en salvo finca su derecho al que lo pagase así dos veces, de demandar el debdo á aquel á quien lo pagó primeramente, como á ome que non ha ningun derecho para retenerlo.*

A este caso equipara la ley la mutacion de estado: por lo cual dice que aun sin revocar el *poder seria nulo el pago, si este que era puesto en la obligacion á postremas para recibir el*

*pago, cambiase de estado: como si era libre é se ficiese siervo, seglar é se ficiese religioso, ó le desterrasen despues para siempre..., ó en otra manera cualquier saliese de la patria potestad.*

Es de suponer que uno que estipula cierta cosa en beneficio propio ó el de otra persona, lo ha hecho teniendo presente su estado, por lo cual no vale si le cambia: la ley copia este caso de la 38, Dig. de *Sol... ita demum recte Titio solvi dicendum est, si in eodem statu maneat quo fuit cum stipulatio interponeretur: cæterùm sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.*

Téngase presente que la esclavitud ha desaparecido, que el llamado cambio de estado, distinto de lo que fué en Roma, hoy solo tendrá lugar cuando un seglar se haga religioso ó por la imposicion de ciertos castigos.

Tampoco valdria cuando el acreedor fuese acusado de *malfetria, porque debiere perder el cuerpo é todo lo que oviese fasta que sea quito de la acusacion. Mas seyendo acusado de otro yerro, entonces non ha por que retenerle su debdo. Ante decimos que gelo puede é debe pagar é será quito de la obligacion pagandolo.* El derecho romano hizo esta declaracion por la incapacidad consiguiente á los que allí se llamaban siervos de la pena. Pero la confiscacion ya no existe, y ni aun el condenado á última pena se considera decaido de su derecho, por lo cual este párrafo, último de la ley, es mas bien un precedente que un precepto.

Puede hacerse el pago al que está en posesion del crédito por haber sucedido como heredero al acreedor ó por otra justa causa, aun cuando el poseedor hubiera sido despojado despues por la eviccion. Rogron ilustra este caso con el siguiente ejemplo: Muere mi deudor sucediéndole un pariente, á quien se pone en posesion de sus bienes; yo le pago mi deuda, y quedo enteramente libre. Poco importa que un pariente desconocido mas próximo que él se presente y le venza, porque todo poseedor es de derecho presunto propietario, *possesor pro domino habe-*

*tur:* culpa fué del propietario real no haberse presentado: solo se requiere que yo haya pagado de buena fé.

Del mismo modo parécenos digno de llamar la atencion el art. 1103 del Proyecto, declarando nulo el pago hecho al acreedor por el deudor despues de habérsele ordenado judicialmente la retencion de la deuda.

Si no se hiciera así, dice Goyena, podria haber colusiones y fraudes en perjuicio de los verdaderos acreedores, y además el desprecio á una providencia judicial merece bien esta represion. Por eso el artículo solo favorece á los que obtuvieron é hicieron notificar la providencia judicial: *quia vigilanti jura prospiciunt:* los otros acreedores no pueden aprovecharse de la disposicion del artículo.

### Artículo 4.°

*Modo de hacer el pago.*

Ley 3.ª, tít. XIV.—[1]*Pagamiento de las debdas débese facer de tales cosas como fueren puestas, é prometidas en el pleito, é non de otras, si non quisiere aquel á quien facen la paga.* [2]*Pero si el debdor non pudiese pagar aquellas cosas que prometiera puede darle entrega de otras á bien vista del juzgador.* [3]*Otrosi: si el que oviese fecho pleito de facer alguna cosa, é non lo pudiese facer en la manera que habia prometido, debe cumplir de otra guisa el pleito, segun alvedrío del juzgador. E debe pecharle el daño, é el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, así como prometió.....*

Como la ley es comun para las obligaciones de dar y de hacer, en el primer párrafo dicta reglas sobre la entrega de la cosa: en el segundo sobre la prestacion del hecho.

La cosa debe entregarse la misma y tal como se prometió; sin que sea árbitro el deudor de cambiar una por otra. *Aliud pro alio invito creditori, solvi non potest:* cuya obligacion comprende á ambos contrayentes, segun lo hace observar Gregorio Lopez: *idem dic in debitore, quia non potest cogi, ut solvat unum pro alio; nisi aliud esset de consuetudine.*

No solo no puede el deudor obligar al acreedor á recibir en pago distinta cosa de la que fué objeto del contrato, si no que si se cambiara por error, el pago seria nulo, pudiendo el acreedor devolver la recibida y pedir la que se le debiese, como decide Paulo en la ley 50, Dig. de *Sol.*: *Si, cum aurum tibi promisissem, ignoranti, quasi aurum, æs solverim; non liberabor.*

El deudor puede sustituir una cosa por otra con licencia ó por autorizacion del acreedor si esta facultad hubiese sido convenida en el mismo contrato ó en otro posterior: advirtiéndose que esta clase de pactos se presume siempre puesta en favor del deudor.

El Proyecto añade una circunstancia omitida en nuestra ley, si bien se sobreentiende; y es que no cabe sustitucion, aunque fuere de igual ó mayor valor que la deuda.

Cuando la obligacion consiste en entregar una cantidad en metálico, solamente entregando la suma pactada y no dando una cosa por otra, es como queda cumplida la obligacion (R. C. 16 Agosto 1848).

La regla en tanto es cierta en cuanto sea posible. Por eso la ley la limita cuando el deudor estuviera imposibilitado de dar las mismas cosas; entonces puede entregar otras con aprobacion del juez: *vide per Alex. et Jason. qui acumulat viginti fallentias ad dictam regulam* (Glos. 2.ª).

Cuando para hacer pago á un acreedor se le entrega, como frecuentemente sucede judicial ó estrajudicialmente, una finca para que realice su crédito con los productos, no puede dicho acreedor si otra cosa no se ha pactado ó espresamente no se le autoriza, variar la condicion de la finca destinándola á un uso diverso del que antes tenía, ni hacer en ellos mas gastos que los necesarios para su habitual produccion, etc. etc. (S. 7 Marzo 1867).

Si la obligacion fuere de entregar una cosa que solo se hubiese denominado por su especie sin pacto espreso acerca de su calidad, debe entregarse un término medio entre la superior y la inferior: *Venditor, qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificio præstare debet: Qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satisfacere*

*videtur, etiam si mediocrem cocum præstet. Idem et in cæteris generibus artificiorum* (Ley 18, § 1.°, tít. I, lib. XXI, Dig.).

Cuando el contrato no autorice los pagos parciales. no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligacion, sino que deberá pagar á un mismo tiempo y de una vez todo lo que debe: *Obsignatione totius debitæ pecuniæ solenniter facta, liberationem contingere manifestum est* (Ley 9.ª, tít. XLIII, lib. VIII, Cód.).

Por este principio decidió Modestino en la ley 41, § 1.°, Dig. de *Usur*. que no habiendo cláusula en el contrato autorizando al deudor para verificar la consignacion de una parte, no detiene el curso de los intereses ni aun de la parte satisfecha. *Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim (quod acceptum est) exsolvere: non retardari totius debiti usurarum præstationem, si..... debitor..... solam partem deposuit.*

Si la deuda fuere en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor y hacer el deudor el pago de la una, aun antes de que pueda tener lugar el de la otra, porque lo cierto y líquido no se detiene por lo incierto é ilíquido.

Los pagos de dinero deben hacerse en la especie pactada, y siendo imposible entregar la especie de moneda que se hubiere estipulado, en la usual y corriente, segun el valor legal de la misma al tiempo de hacerse el pago.

Aunque los intérpretes comprenden muchos otros casos como podriamos tenerlos que repetir por rozarse con diferentes títulos: *de hoc satis.*

Si la obligacion consistiese en un hecho y el deudor no pudiera prestarle del modo que se convino, debe cumplirlo del mejor modo posible.

La ley declara que el deudor, mientras haya términos hábiles, está obligado á hacer lo que ofreció; de manera, dice Gregorio Lopez, que el derecho de Partidas, apartándose de la opinion comun, sigue la de Martino, quien sostenia que el que hubiera prometido un hecho estaba obligado á prestarle, admitiéndole el pago de intereses ó resarcimiento de derechos, solo cuando otra cosa no fuera posible, ó así conviniera al acreedor:

*quod quis posset compelli ad factum indistincte, nisi quando jam non potest facere ille, qui tenebatur ad factum, vel quando actoris non interest, quod fiat: quia in istis casibus tenebitur ad interesse* (Glosa 4.ª)

El resarcimiento de daños y perjuicios se debe siempre al acreedor como indemnizacion por no haber cumplido la obligacion en la forma convenida: *por razon que non fizo aquella cosa, así como prometió.*

Respecto al tiempo y al lugar nos remitimos á lo espuesto relativamente al cumplimiento de las obligaciones: la solucion que es el mejor modo de cumplirlas, ha de hacerse en el tiempo prefijado, si se señaló tiempo (Ley 8.ª, tít. XIV, Part. V): si no se señaló, en cuanto el deudor fuere interpelado por el acreedor, aunque dentro de un término prudencial para que se proporcionen los medios (13, tít. XI, Part. V): quedando responsable de los perjuicios ocasionados por su culpa (18 del mismo título), y obligado segun la clase de deudas, al pago de intereses.

El lugar ha de ser tambien el del contrato cumpliéndose en cuanto á estas circunstancias las prevenciones de la ley 13, tít. XI, Part. V, analizada en otro lugar. En el caso de consistir la obligacion en el pago de una cantidad, se entiende por lugar del cumplimiento de la misma aquel en que la cantidad debe ser entregada ó recibida (R. C. 23 Julio 1860).

No habiéndose designado sitio y consistiendo la obligacion en un cuerpo cierto; v. gr. vendiendo uno el vino de su cosecha ó el trigo que tenia en su granero, deberá entregarse allí donde estuviese cerrado, si no se pactó nada en contrario: *si quidem certum corpus legatum est..... ibi præstabitur, ubi relictum est.* (Ley 47, § 1.º, Dig. de leg. 1).

Si la deuda no fuere de cosa determinada ó lo fuere de cantidad, deberá pagarse en el lugar del domicilio del deudor (R. C. 7 Agosto 1862, 22 Junio 1865).

Los requisitos de los contratos sobre lo que no se hubieren esplicado claramente las partes, deben interpretarse mas bien en favor del deudor que del acreedor: *in cujus potestate fuit legem apertius dicere.* Consistiendo su omision en no haber espresado

el lugar donde debiera hacerse el pago, debe entenderse el del domicilio del deudor, por ser la manera menos onerosa al mismo.

Aunque esta parece la doctrina corriente y es la que sigue el Proyecto de Código, no escluye el que se verifique el pago en el lugar donde se celebró el contrato, si hallándose allí el deudor aunque accidentalmente, pudo ser emplazado.

### Artículo 5.°

*Imputacion de pagos.*

Ley 10, tít. XIV, Part. V.—[1]*Debdas de muchas maneras debiendo un ome á otro si le ficiese paga alguna, é señalase por cuales debdas la facia, debe ser contada en aquella que señaló é non en otra.* [2]*Si el que ficiese la paga, non dijese por cual debdo la facia, é el que la rescibe, señalase luego uno de los debdos principales, diciendo que la rescibe por él, é se callase el que facia la paga; debe ser contada en el debdo que señaló, é non en otro.* [3]*Mas si lo contradijese luego, ante que se partiese del logar, debel ser tornado lo que le pagó, ó contado en aquel debdo que señalare el que face la paga.* [4]*Si acaesciere que el que ficiese la paga, nin el que la rescibe, non señalaron por cual debdo la facian; si las debdas fueren eguales, que non haya agravamiento ninguno de pena, nin de usura, nin de otra manera, mas en el uno que en el otro; debe ser partida la paga en todos los debdos principales, en aquellos que conociere el debdor, sobre que non oviese contienda ninguna.* [5]*Si debda y oviere alguna que fuese mas agraviada que las otras, por razon de pena puesta en ella, ó por otro agravamiento semejante, debe ser contada la paga tan solamente en tal debda como esta, que es mas grave.*

Concuerda la ley 8.ª, tít. XX, lib. III, F. R.: *Si algun home es deudor de otro de muchas deudas, é quisiere pagar la una ó las dos dellas, en su poder sea de pagar cual dellas quisiere: é si á la paga no mostrare cual de las deudas pagare, aquel que rescibiere la paga cuentela en cual de las deudas quisiere.*

Cuando una persona tiene varias obligaciones y hace un pago sin decir por cual de ellas, se necesita interpretar su voluntad, y á esto han provisto las leyes dictando reglas para la imputacion.

La ley trascrita del Fuero reserva la designacion al *deudor, en cuyo poder es de pagar cual dellas quisiere*; cuando nada hubiese dicho, traspasa la facultad al acreedor quien puede *contarla en cual de las deudas quisiere*.

La de Partida, encaminada á fijar la doctrina (R. C. 9 Diciembre 1864), dicta nuevas reglas, y todas mas conformes á la equidad. Hagamos su exámen:

Pagando el deudor á una persona con quien tiene varias deudas se aplicará á la que él designe al tiempo de hacer el pago: *Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum solvit debitum: est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum* (Ley 1.ª, Dig. de *Sol.*). La razon que dá Ulpiano es evidente: *possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus* (dicha ley).

Si no hiciere tal designacion, se aplicará á la que el acreedor señalare en la carta de pago cuando espresa ó tácitamente se hubiere conformado el deudor, ó no lo contradijese inmediatamente: *Quotiens non decimus id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat* (dicha ley).

Toda imputacion ha de ser inmediata: *Dummodo in re præsenti fiat, in re agenda, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit; postea non permititur* (Leyes 1.ª y 2.ª, Dig. de *Sol.*).

La del acreedor ha de ser además equitativa: no puede aplicarla á un crédito disputado, ó cuyo plazo no esté vencido: *In arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, id est, non in id debitum quod est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat* (Ley 1.ª, dicho título).

La imputacion es definitiva, y ni deudor ni acreedor pueden variarla; tanto que si el deudor de una cantidad con intereses aplicase espresamente lo pagado á la primera y no á los segundos, y el acreedor se conformara, no podrá despues reclamar

contra esta imputacion segun se infiere por el ejemplo de la 102, § 1.°, tít. III, lib. XLVI, Dig.

Contradiciéndolo el deudor, si lo hace antes de salir del lugar, debe serle devuelto el pago ó la cantidad, y aplicarla á la deuda que él designe.

Si todas las deudas fuesen iguales por no tener ninguna de ellas un gravámen especial, se imputará á todas á prorata.

Por Derecho romano esta regla solo tenia lugar tratándose de deudas de la misma fecha; si no, la mas antigua, era la preferida: *si nulla causa prægravet, in antiquiorem* (Ley 5.ª, Dig. de *Sol.*). Gregorio Lopez recuerda que Azon omitió esta circunstancia, diciendo únicamente que cuando las deudas fuesen iguales, el pago se proratease, y que la ley no hizo mas que seguir esta doctrina; pero que él sostenia el derecho comun, porque no siendo la ley correctoria, puede entenderse y restringirse segun los términos de aquel derecho: *sed per hoc non recederem à jure communi cum hæc lex non exprimat correctionem dictorum jurium, et possit intelligi, et restringi, juxta terminos juris communis.* Su opinion ha prevalecido en el Proyecto de Código, aunque no á satisfaccion de todos sus autores, pues Goyena encuentra preferible, y no sin razon, la sencillez de la ley de Partida.

Si las deudas fuesen desiguales, se estimará satisfecha la mas onerosa al deudor, entendiéndose por tal aquella que produce intereses, ó la que tiene impuesta una pena ó lleva unida una fianza, ó aparejada ejecucion.

Aunque la ley no cite tantos casos, son los que enumeran varias leyes del Dig., y todavía menos de los que pueden venir comprendidos bajo la palabra *agravamiento*. Bartolo, segun Lopez, cuenta seis modos, por los que puede una deuda ser mas grave.

Cuando la deuda produzca intereses, mientras estos no estén cubiertos, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, á menos que en ello se conviniere el acreedor.

Aunque esta máxima no sea de la ley, consígnala el Proyecto, y no hemos tenido inconveniente en trascribirla por verla repetida en los Códigos romanos: *Primum usuris, deinde, si*

*quid superest, sorti accepto ferendum est; nec audiendus est debitor, si eligit* (Ley 35, tít. VII, lib. XIII, Dig.). *Primo in usuras id, quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur* (Ley 1.ª, tít. XLIII, lib. VIII, Cód.).

### Artículo 6.º

#### *Oferta y consignacion.*

Ley 8.ª, tít. XIV.....—[1]*Otrosí si el debdor quisiere pagar el debdo al que lo debiese recibir, é el otro non gelo quisiese tomar, debe facer afrenta ante omes buenos, en logar, en tiempo guisado, mostrando los maravedís de como quiere facer la paga.* [2]*E debe poner aquellos maravedís señalados en fieldad de algun ome bueno, ó en la sacristanía de alguna iglesia: é dende adelante es quito del debdo, é non ha el otro demanda ninguna contra el.* [3]*E decimos que si los maravedís se perdiesen sin culpa del debdor, despues que fuesen puestos en fieldad, el daño pertenece al señor del debdo tan solamente: porque fué en culpa, que non lo quiso recibir, cuando gelo quiso pagar.*

Si el acreedor rehusase admitir la cosa ó cantidad debida, puede el deudor estinguir su obligacion por medio del ofrecimiento y de la consignacion. Tal es el objeto de esta ley, cuyo exámen vamos á hacer en breves palabras.

El primer párrafo trata del ofrecimiento, que es el acto por el cual el deudor hace presente al acreedor su resolucion de hacerle ó darle la cosa convenida. Sus requisitos son: manifestacion ó sea protesta hecha ante hombres buenos, en lugar y sitio convenidos, y poniendo á la vista los maravedís. Como que hace veces de solucion, requiere en sentir de los intérpretes los siguientes requisitos: 1.º Capacidad en las personas. 2.º Que se haga de toda la deuda. 3.º Despues de vencido el plazo ó cumplida la condicion. Y 4.º en el lugar convenido, ó en su defecto, en el del domicilio del acreedor: *Ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur, solutio fuerit celebrata* (Ley 9.ª, Cód. de *Sol.*).

El ofrecimiento debe ir acompañado de la consignacion,

que es el depósito que el deudor hace de la cantidad ó cosa debida cuando el acreedor se niega á recibirla. La ley 9.ª, título XLIII, lib. VIII del Código, exige que sea *solenniter facta in publico*, entendiéndose por tal, segun la 19, tít. XXXII, lib. IV, *vel sacratissimas ædes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit*. La 38, tít. XIII, Part. 5.ª, dice que: *Desatase la obligacion fecha sobre peños, si el debdor quisiese pagar el debdo é el otro non lo quisiese recebir é ficiese afrenta ante omes buenos, é sellase con su sello los dineros, é los pusiese en guarda de algun lugar religioso, ó de algun ome bueno.* Pero en lugar de esto lo que la naturaleza del caso exige, y lo que se practica es acudir al juez pidiendo que designe persona ó establecimiento donde haya de hacerse el depósito.

No puede considerarse como tal la consignacion hecha en tercera persona no autorizada para recibirla y resistida por el acreedor, sino que es necesário que se haya constituido en depósito legal y de conocida garantía, y que el acreedor se haya negado á recibir el crédito (R. C. 22 Junio 1861.)

La consignacion estingue la obligacion como la estinguiria el pago real hecho al acreedor: *obsignatione totius debitæ pecuniæ solenniter facta, liberationem contingere manifestum est* (Ley 9.ª, C. de *Sol.*). Su efecto mas natural consiste en hacer correr á cargo de este el peligro de la cosa consignada: porque *fué en culpa, que lo non quiso recebir*: doctrina de antiguo establecida en el derecho: *qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine culpa sua perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri quanquam aliquando interpellatus non solverit; etenim non est æquam teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse* (Ley 72, tít. III, lib. LXVI, Dig.).

### Artículo 7.º

*Pago con subrogacion.*

El pago hecho por un tercero á nombre del deudor, da origen á este acto, llamado en algunas obras cesion de acciones,

porque en efecto, no es mas que la trasmision hecha á una persona de los créditos, derechos y acciones que tiene alguno contra otro, quedando subsistente la obligacion del deudor.

Los modernos códigos la dividen en legal y convencional: division autorizada aunque no hecha en los antiguos: la primera tiene lugar por ministerio de la ley, sin que intervenga acto alguno por parte del acreedor. Las leyes de Partida presentan frecuentes ejemplos de esta sustitucion.

Ley 32, tít. XII, Part. V.—*Si un ome pagare debda verdadera que otro ome debiere, luego que la ha pagado finca el que la debia libre é quito, maguer la pagase sin su mandado. Pero aquel por quien es fecha esta paga es tenudo de dar al otro aquello que por él pagó, tambien como si lo oviese pagado por su mandado.*

La ley 3.ª, tít. XIV reconoce tambien la subrogacion del tercero no interesado, que paga por el deudor de acuerdo con él, ó contradiciéndolo ó ignorándolo.

Es un nuevo caso el del acreedor que paga á distinto acreedor preferente, porque se presume que haciendo este sacrificio no ha tenido otro objeto que gozar las ventajas de la subrogacion. Tan natural parece esta subrogacion que era la de menos dificultad, la mas corriente por derecho romano, como puede verse recordando algunos testos.

Lo es asímismo la del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligacion á título de co-deudor, fiador, etc. Si por ejemplo, Pedro nos ha prestado á mi hermano y á mí cierta cantidad hipotecando yo una finca de mi pertenencia: si el acreedor repite contra mí por virtud de la hipoteca, estará en mi interés el pagarle; pero este pago me subrogará en los derechos que le competian contra mi hermano en parte de su deuda. La ley 34, tít. XIII, Part. V, que esplicaremos al tratar de la prenda, confirma esta doctrina.

Tiene tambien lugar la subrogacion respecto del heredero que admite la herencia á beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma. El inventario produce la ventaja de que no se confundan los propios bienes con los

de la herencia; el que la acepta con este beneficio manifiesta el deseo de hacer valer sus derechos, como cualquier otro acreedor.

La subrogacion convencional se verifica cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas contra el deudor. Dicha subrogacion debe ser espresa y simultánea con el pago, pues de lo contrario, estinguida la deuda ya nada queda por ceder: *si post solutum sine ullo pacto omne quod debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit* (Ley 76, tit. III, lib. XLVI, Dig.).

El acto en cuya virtud el acreedor sin realizar el crédito, cede á otro sus derechos no constituye verdadero pago por subrogacion. Así le califican algunos autores, mas en nuestro concepto con poca propiedad. Mejor se concibe este caso por parte del deudor; el cual puede tomar prestada la cantidad necesaria y subrogar al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo: *qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt* (Ley 2.ª, tít. III, lib. XLII, Dig.).

No necesita del consentimiento del acreedor, porque el deudor le paga y en lo sucesivo se entiende con el nuevo prestamista. Por precaucion, sin embargo, se exigen dos circunstancias: 1.ª que el préstamo y el pago consten de escritura pública, y 2.ª que en la escritura de préstamo aparezca haberse tomado este para verificar el pago, y en el de pago que este se ha hecho con el dinero tomado á préstamo. Podria un deudor, dice Goyena, despues de haber pagado con su propio dinero suponer que lo habia hecho con dinero tomado de otro para este objeto, y hacer la subrogacion para defraudar á los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar la prestacion y pago en escritura pública con la espresion indicada, bastan para tranquilizar y poner á cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habria tenido el mismo acreedor.

## § II.

### *Cesion de bienes.*

Ni el Derecho romano ni el nuestro cuentan la cesion entre los modos de estinguirse las obligaciones, y prueba que no lo es que si el deudor llega á mejor fortuna, puede ser compelido al pago salvo el beneficio de competencia. Pero en el Código francés ocupa el § 5.° de la seccion I del pago: el Proyecto le coloca tras de la quita y el perdon. Y lo que á nosotros nos ha decidido á darle este lugar sin resolver por eso la cuestion de método, ha sido el proemio del título XV de la Part. V que dice así:

*Desamparan los debdores á las vegadas sus bienes, veyendo que no pueden pagar lo que deben por aquello que han. Onde, pues que en el título ante deste fablamos, de como deben ser fechas las pagas, por aquellos que las han poder de facer: queremos aquí decir de los otros que desamparan sus bienes, cuando non han poderio de facer la paga.*

### Artículo 1.°

#### *Precedentes.*

El primitivo Derecho romano constituia al deudor insolvente en poder del acreedor en clase de esclavo: andando el tiempo se mejoró su situacion autorizándole para hacer cesion de bienes si queria conservar la libertad, segun consta por las leyes 1.ª y 4.ª, tít. LXXI, lib. VII del Código Justinianeo; pero de este beneficio solo disfrutaban los que por un infortunio inculpable habian tenido semejante desgracia; no los que habian procedido de mala fé, ó los que habian incurrido en alguna multa como asímismo resulta de las leyes 8.ª, tít. III, lib. XI, Dig., y 7.ª, § 3.°, tít. I, lib. II, dicho Código.

El Fuero Juzgo reprodujo la legislacion romana en todo su rigor, sobre lo que hay testo espreso en la ley 5.ª, tít. VI, libro V. *Si algun ome es culpado de muchas debdas ó de muchas culpas..... é vinieren muchos demandadores de so uno, debe facer paga á cada uno segun quel debe; é si non, sea siervo de todos.....*

Las leyes de Partida copiaron del período clásico de la legislacion romana la cesion de bienes considerándola como un medio de libertarse los deudores de ser reducidos á prision.

El derecho de la edad media se infiere por la combinacion de la ley gótica y el Código Alfonsino, que tanta influencia tuvieron en el estado de las personas y el destino de sus bienes.

### Artículo 2.°

#### *Quién puede hacer la cesion, y en qué forma.*

Ley 1.ª—[1]*Desamparar puede sus bienes todo ome libre, é que estuviere en poder de sí mismo, ó de otri, non habiendo de que pagar lo que debe. E debelos desamparar ante el juzgador.* [2]*Este desamparamiento puede facer el debdor por sí ó por su personero, ó por su carta, conosciendo las debdas que debe; ó cuando fuere dada la sentencia contra el, é non ante. Si de otra guisa los desamparare, non valdria.* [3]*Debelos desamparar á aquellos á quien debe algo, diciendo como non ha de que faga pagamiento.* [4]*E el juzgador debe tomar todos los bienes del debdor..... si non los paños de lino que vistiere; é non le debe otra cosa ninguna dejar.* [5]*Fueras, si fuere padre, abuelo ó alguno de los ascendientes que oviesen algo á dar, á alguno de los que descendiesen dellos. O fijo ó alguno de los descendientes que oviesen algo á dar. O ome que diese algo á su mujer, ó ella á su marido..... ó compañero de aquellos que firman compañía entre sí, aviendo ó trayendo sus bienes de so uno, que debiese algo al otro, ó el compañero á él. O ome á quien demandasen en juicio sobre donadio que oviese fecho á otro. Ca el juzgador debe dejar á cada uno destos tanta parte de sus bienes de que puedan*

*vivir guisadamente. E lo otro debe mandar vender en almoneda, é entregar el precio á los debdores.*

La ley 9.ª, tít. III, lib. XLII, Dig., distinguió dos clases de cesiones, la legal y la convencional: *bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest.* La de Partidas habla solo de la judicial, lo cual no impide, segun Gregorio Lopez, el que pueda hacerse tambien fuera de juicio; pero este es un acomodamiento como otro cualquiera, y no surtirá mas efectos que los que hayan estipulado.

Estudiemos, pues, la cesion judicial, única de que habla la ley, viendo quién pueda hacerla, en qué forma y con qué resultados.

Puede hacerla todo hombre *sui juris* imposibilitado de cubrir sus deudas ó hacer frente á sus obligaciones.

En los modernos códigos se reserva este derecho á beneficio de los deudores de buena fé que por consecuencia de desgracias inevitables, se ven imposibilitados de pagar, fundándose en la ley 63, § 7.°, tít. II, lib. XVII, Dig.: *Non est æquum dolum suum quemquam relevare. Hoc beneficium tantummodo eis prodest, ne detrahuntur in carcerem* (Var. ley., tít. LXXI, lib. VII, Cód.). Pero contenia dicha ley la siguiente limitacion «y por cualquiera que admita el apremio personal:» la comentada calla sobre ese estremo; y la 4.ª del título que se cita en su apoyo, se concreta á señalar la pena del que no quiere pagar sus deudas ni desamparar sus bienes.

Debe hacerse ante el juez por sí, ó por medio de procurador, con escrito en que esprese sus deudas.

Los bienes comprendidos en la cesion son todos los del deudor, escepto los vestidos de uso ordinario; aunque por un acto de humanidad se concede en la práctica que puedan retener los instrumentos de su profesion y todos aquellos sobre los que no pueden hacerse embargos segun el art. 951. E. C.

Finalmente, hay personas á quienes por corresponderles lo que en derecho se llama el beneficio de competencia, se les reserva lo necesario para vivir; en cuyo caso coloca la ley los ascendientes respecto de sus descendientes, y estos respecto de

aquellos: los cónyuges entre sí y respecto á sus suegros; los sócios mútuamente entre ellos, y el donante respecto al donatario,

Como que no se trata de un derecho, si no mas bien de una gracia nada tiene de particular que no se conceda á todos los deudores, sino que por el contrario, se limite como en ciertos casos han hecho nuestras leyes. Son á saber:

Los deudores alzados segun consta de las leyes 1.ª y 2.ª, título XXXII, lib. XI, Nov. Rec., sin perjuicio de quedar sujetos á las penas que les imponen tanto á ellos como á los quebrados fraudulentos y culpables los artículos 536 y siguientes del Código.

Los que lo fueron por deudas provenientes de daños causados por un delito ó cuasi delito, en el que se hubiere mezclado fraude, ocultacion, falsedad ú otro exceso, en cuanto á la multa ó pena pecuniaria que por él se les impusiere conforme lo prevenido en el mismo; aunque puede concedérseles por lo que les correspondiese en cuanto á los daños hechos al agraviado segun la ley 8.ª de dicho título de la Nov. Rec.

Los arrendadores de rentas del Estado y sus fiadores, á los que lo prohibió la ley 9.ª para evitar que las cobrasen y no pagasen como algunos tenian por costumbre, haciendo si se les reclamaba, cesion de bienes.

### Artículo 3.°

*Efectos de la cesion.*

La cesion judicial no confiere á los acreedores la propiedad de los bienes cedidos, sino el derecho de hacerlos vender, y de que su importe como el de las rentas se invierta en el pago de sus créditos.

Así lo declara la ley 1.ª, tít. XV, Part. V, en conformidad con la 4.ª, tít. LXXI, lib. VII, C.: *Non tamen creditoribus sua auctoritate dividere hæc bona, et jure dominii detinere; sed venditionis remedio, quatenus substancia patitur, indemnitati suæ consulere permissum est.* No es lo mismo hacer cesion de bienes que darlos en parte de pago: *Alliud est bonis cedere, aliud res suas creditoribus in solutum dare.*

Declara la cesion irrevocable el último párrafo de la ley 2.ª *Pero si el debdor que oviese asi desamparado lo suyo, dijese ante que fuesen vendidos todos sus bienes, que los queria cobrar, para facer paga á sus debdores, ó para defenderse luego con derecho contra ellos, non deben vender ninguna cosa de lo suyo: ante decimos que debe ser oido.*

Por la cesion se estingue el crédito hasta donde alcance el importe de los bienes cedidos, sin que el cedente pueda ser reconvenido por el resto, como no haya venido á mejor fortuna, y aun en este caso teniendo el beneficio de competencia. *El desamparamiento que face el debdor de sus bienes ha tal fuerza, que despues non puede ser el debdor emplazado, nin es tenudo de responder en juicio, á aquellos á quien debiese algo: fueras si oviese fecho tan gran ganancia, que podria pagar los debdos todos, ó parte dellos, é que fincase á él de que podiese vivir* (Ley 3.ª).

Este beneficio es personal: por lo que hablando de los fiadores dice la ley *que serian tenudos de facer pagamiento de lo que fincase por pagar de aquellas debdas, porque entraron fiadores.....*

Lo contrario seria defraudar una justa esperanza del acreedor: *Hæc exceptio fidejussoribus non datur: quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit ut cum facultatibus fuerit lapsus debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi* (§ 4.º, tít. XIV, lib. IV, Inst.).

Téngase por último en cuenta lo dispuesto por la Ley del Enjuiciamiento en el tít. XI, seccion I, sobre cuya materia, por no ser de nuestro instituto, nos remitimos á sus espositores.

## § III.

## *Compensacion.*

### Artículo 1.º

### *Su definicion y fundamento.*

Ley 20.—[1]*Compensacion es otra manera de pagamiento, por que se desata la obligacion de la debda: é compensatio en*

*latin tanto quiere decir en romance, como descontar un debdo por otro. Esto seria como si un ome demandase á otro en juicio mil maravedís, é este á quien los demandase, dijese que queria probar que le debia el otros tantos á él, é que pedia de derecho al juzgador, que le mandase que fuesen quitos los unos por los otros. Ca fallando el juzgador en verdad, que así es, debe mandar que se quite el un debdo por el otro; é son tenudos de lo otorgar é facer así..... La compensacion es otra manera de pagamiento que consiste en descontar un debdo por otro: compensatio est debiti et crediti (mutui) inter se contributio* (Ley 1.ª, Dig. de *Comp.*).

Sobre su conveniencia dice Pomponio: *ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* (Ley 3.ª, Dig. de *Comp.*).

Baldo alega por fundamento que evita un rodeo inútil: *Quod potest brevius per unum actum expediti compensando, in cassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones.*

Goyena la considera una necesidad derivada de la naturaleza de las cosas; porque si yo debo cuatro á Pedro, natural y necesariamente dejo de ser deudor desde que Pedro principia á serlo mio de otros cuatro.

La ley denota que ha de proponerse *per modum exceptionis*, y no la concede, sino en el concepto de probar la existencia de una deuda que sea compensable con otra. No la hemos copiado íntegra, porque su última parte se referia mas al procedimiento ejecutivo, pero espresa que opuesta la compensacion y probada por confesion de la parte, ó en término de diez dias queda estinguido el débito.

Ley 21.—[1]*Descontarse pueden en manera de compensacion todas las debdas de cosas que se pueden contar, pesar, ó medir, fasta en aquella cuantía que el un debdor debiere al otro.* [2]*Otrosí: si dos omes debiesen uno á otro cosas que non fuesen ciertas, nin señaladas, así como caballo, ó cosa semejante que non fuese señalada por nome, ó señales ciertas; bien pueden descontar el uno por el otro.* [3]*Mas si la una debda fuese sobre cosa señalada, así como si el uno oviese á dar al otro una viña. huerta, ó otra cosa cierta; é el otro debiese á él otra cosa, que*

*non fuese cierta por nome señalado, así como alguna cuantía de trigo, ó otra cosa que se pueda contar, pesar ó medir; non pueden los debdores facer entre si por premia, desquitamiento de una cosa por otra destas debdas tales.*

Deudas compensables son por regla general las que consisten en dinero ó en cosas fungibles. No importa que algunas leyes romanas hablen solo de dinero: sabido es que el mútuo consiste *in his rebus quæ pondere, numero, mensura consistunt, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem.*

Las cosas indeterminadas, de un mismo género, aunque no fungibles, son tambien capaces de compensacion: la razon es que como no están señaladas individualmente, se supone que lo que se compensa es su valor. Pero al efecto se necesita que las cosas sean de la misma especie: de otro modo no tendria lugar: *secus si diversum genus esset, ut si unus deberet equum alter bovem* (Glosa 2.ª).

Una cosa específica y determinada no puede compensarse con otra fungible é indeterminada: la deuda de una viña ó una huerta, v. gr., no admite compensacion con una cantidad de trigo, etc. La compensacion es un pago: para concederla en el caso propuesto seria menester obligar al acreedor á cosa distinta de lo que le era debida, lo cual si de mútuo acuerdo puede hacerse, la ley no debe mandarlo: *compensatio debiti ex pari specie licet ex causa dispari admittitur* (Paul. sent. II, v. 3).

No obsta para la compensacion que las deudas sean pagaderas en distintos lugares, con tal que se abonen los interesados la diferencia de precio en razon de las localidades, como asímismo los gastos de trasporte ó cambio al lugar del pago.

El orígen de esta doctrina que pasaria á ser ley con el Proyecto de Código, está en la 15, tít. II, lib. XVI: *Si Titius petit, eam pecuniam, quam certo loco promissit in compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari.*

Godofredo comentando la disposicion dice: *ubique potest compensari, quod certo loco debetur, si modo præstetur adversario id, quod ejus interest debitum suo loco solvi, unde notant, compensationes non modo*

*sortis, sed et eorum, quæ sorti accedunt, puta ejus quod interest, posse peti; et breviter, necdum liquida debita interdum compensari.*

Febrero novísimo deja el caso por decidir, suponiendo que su resolucion debe fiarse mas á la prudente discrecion del juez que no á las disposiciones del Derecho romano, las cuales no tienen entre nosotros autoridad legal. Nosotros hacemos uso de ese precedente, además de su grande autoridad, porque no puede inspirarnos desconfianza para interpretar una doctrina que es de su creacion esclusiva.

Las deudas deben ser líquidas, pues no siendo de esta especie no pueden compensarse sin voluntad espresa de las partes. Una deuda es líquida, cuando consta que se debe y el dia que se debe: *cum certum est an et quantum debeatur*. Por eso dice la 14, § 1.°, tít. XXXI, lib. IV, C.: *Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata.*

Aunque conste la certeza de la deuda, si se ignora su cuantía, y la liquidacion depende de una cuenta larga y complicada, la compensacion es imposible. Por eso nuestra ley que tan perfectamente interpreta el derecho comun, añade: que se ha de probar la deuda, *á lo mas tarde fasta diez dias*.

Y es menester que hayan vencido: *Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit* (Ley 7.ª, tít. II, lib. XVI, Dig.). Las deudas á plazo no pueden compensarse, porque al deudor no puede obligársele á pagar antes del término señalado. Hablamos del plazo legal que es un derecho del deudor, pues el de gracia ó de cortesía no impide la compensacion: *aliud est diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutioni* (Ley 16, § 1.°, Dig. de *Comp.*).

Lo mismo se observa en las deudas condicionales: una deuda pura no puede compensarse con otra, cuya condicion no se hubiere cumplido; si así se hiciera se faltaria á la igualdad.

Se exige tambien que la deuda sea determinada: por lo cual si un testador ha encargado á su heredero que me entregue mil duros ó sus caballos de tiro, aunque yo le deba aquella cantidad, no podria oponérsela en compensacion de la le-



gada, en tanto que él no hiciese la eleccion, porque la cosa no es determinada: *Si debeas decem millia, aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset* (Ley 22).

A los anteriores requisitos que versan sobre la identidad de la cosa corresponden otros que tienen relacion con la identidad de las personas.

ARTÍCULO 2.°

*Las deudas han de ser reciprocas.*

Se cumple esta circunstancia cuando los sugetos de la obligacion son respectivamente acreedores uno de otro: *Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii compensatio fieri non potest* (Ley 9.ª, Cód. de *Comp.*).

Papiniano en la ley 18, § 1.° Dig. de *Comp.* lleva tan adelante este principio que hasta llega á decidir que un acreedor mio no está obligado á aceptar la compensacion de otro suyo, aunque ofrezca la compensacion por mí ó en mi nombre: *creditor compensare non cogitur, quod alii quam debitori suo debet: quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.*

Aunque la ley de Partidas no desenvuelve este principio, sin duda dándole por supuesto, hace frecuentes aplicaciones de él, como veremos analizando algunas leyes.

Ley 22.—[1] *Dos, ó mas, habiendo compañía de so uno, si uno dellos demandase al otro emienda, de lo que habia menoscabado de las cosas de la compañía, por su negligencia ó por su culpa; é el otro le respondiese, que él habia perdido ó menoscabado otro tanto..... este menoscabo puede ser descontado el uno por el otro, si fueren eguales; é si non, fasta la cuantía de cada uno dellos.* [2] *Lo mismo seria, si acaesciese, que uno de los compañeros oviese fecho daño en alguna partida de las cosas de la compañía, é en otra pro. Ca el pro, é el daño debe ser egualado lo uno por lo al, é descontado, segun la cuantía que monta el daño ó la pro.* [3] *Otro tal seria, si el uno de los compañeros tomase algo por sí de la compañía é el otro le demandase, quel*

*diese su parte de aquello que tomara. E este que lo tomó dijese que non gelo daria, porque el le probaria que habia fecho daño en las cosas de la compañia, que montaba tanto, ó mas de lo que tomó. Ca si esto probare, debe ser esquitado lo uno por lo al.*

El exámen de esta ley exige una aclaracion prévia. Los créditos y deudas de una sociedad no se compensan con los que sean peculiares de algunos de los sócios, porque siendo la sociedad una persona moral distinta de la de los sócios individualmente considerados, falta la reciprocidad necesaria entre las deudas y los créditos. Otro es el caso de la ley, otra cosa dice en los tres párrafos de que consta.

Si dos sócios se reconvinieron uno á otro por daños causados á la sociedad, se compensarán entre sí estos daños en el todo si fueren iguales, y si no, hasta la suma concurrente.

Si uno hubiere causado daños por una parte, y por otra hubiera procurado utilidades, podrá compensar el daño con el beneficio.

Parece en oposicion con esta ley la 13 del tít. X, que niega semejante compensacion: *fueras ende si alguno ó algunos de los otros oviesen fecho otro atal engaño. Ca entonce se debe compartir entre los que ficieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte á los otros.*

Esta era tambien la doctrina romana segun la ley XXVI, Dig. *pro socio*: *Et ideo, si socius quædam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia.*

Gregorio Lopez, sin embargo, trata de conciliar ambas disposiciones suponiendo que la 13 habla de los daños causados por dolo, y esta de los que previenen por culpa ó por negligencia: *ista verò lex procedat, quando non intervenit dolus, sed culpa, vel negligentia, ut tunc admittatur compensatio damni cum lucro.*

Si un sócio demandase á otro pidiéndole parte de lo que habia tomado para sí de la compañía, y este le probara que habia causado daños que ascendian tanto ó mas, procederia tambien en este caso la compensacion de una cosa por otra.

Finalmente, tambien se admite la compensacion de daños

provenientes de culpa por parte de un sócio, y de dolo por parte de otro, siempre que el daño se haya causado en cosa diversa; pero no cuando recaiga sobre una misma cosa, pues en este caso el sócio que causó el daño por culpa, puede repetir contra el que lo causó por dolo, sin que este pueda oponer la compensacion.

Tal es el resúmen de la ley 23.—[1]*Engaño faciendo alguno en las cosas de la compañía, por que aviniese en ellas pérdida ó menoscabo, si otro compañero le pidiese enmienda, y este á quien facen tal demanda, le probare que se perdiera ó menoscabara otro tanto por engaño que él habia hecho, debe ser desquitado uno por otro.* [2]*Si se perdiese ó menoscabase alguna cosa por negligencia ó por culpa de un compañero; é otra que valiese otro tanto por engaño de otro, pueden desquitar la una por la otra.* [3]*Mas si una cosa tan solamente se perdiese, ó menoscabase por culpa de un compañero, é por engaño del otro, non se podria desquitar el engaño por la culpa; el que fizo el engaño es tenudo de pechar el daño, é non ha demanda contra el otro por razon de la culpa: porque en la balanza del derecho pesa mas el engaño del uno que la culpa del otro, cuando avienen amos sobre una cosa misma.*

Estas reglas son aplicables á todas las demás cosas poseidas en comun por dos ó mas personas aunque sea por título diferente del de sociedad. «*E lo que dijimos en estas dos leyes de los compañeros, entiéndese tambien en los pleitos, que avienen entre los otros omes sobre tales cosas como estas, que oviesen comunales en uno por otra razon* (dicha ley).

Ley 24.—[1]*Non tan solamente los debdores principales pueden descontar un debdo por otro, mas aun sus fiadores lo pueden facer tambien de la debda que debiesen á aquel á quien fiaron, como de la que debiesen á el mismo.* [2]*Eso mismo podria facer el personero del debdor principal, ó del fiador, dando fiadores, que lo haya por firme aquel cuyo personero es.* [3]*Pero debdo que debiese el personero, á aquel á quien face la demanda en nome de otro, non le podria descontar en nome de aquel cuyo personero es, en manera de compensacion, sin placer de aquel cuyo personero es.*

El fiador puede utilizar la compensacion de lo que el acreedor le debe á él mismo ó al deudor principal: *Si quid à fidejussore petetur, æquissimum est, eligere fidejussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit* (Ley 5.°, Dig. de *Comp.*). El fiador no puede estar obligado á mas de lo que puede ser condenado el deudor principal, y es justo que utilice todos los medios de defensa que este tendria en su favor.

Lo mismo podria hacer el procurador del deudor principal ó del fiador, si bien prestando caucion de que sus principales lo aprobarán y darán por hecho.

Por el contrario no podría el procurador compensar lo que deba al demandado con el crédito del poderdante á no ser con beneplácito de este. Yo procurador debo veinte á Juan: Pedro me da poder para que le demande: no puedo yo descontar á Juan mis veinte á manera de compensacion sin el beneplácito de Pedro.

Falta aquí la simultaneidad del doble carácter de deudor y de acreedor, que es requisito indispensable para que tenga lugar la compensacion.

Ley 25.—[1]*Emplazado seyendo alguno ome ante el juzgador por debda, si non pudiese venir á responder al plazo que le fué puesto, é alguno de sus hijos dijese al juzgador que el que le habia emplazado, debia otro tanto á su padre, é que mandase descontar un debdo por otro; tal desquitamiento non debe ser cabido; fueras, si el fijo diere fiador, que haya por firme el padre lo que aquel ficiere en aquel pleito. Ca dando así fiador, é probando la debda, ó conosciéndola el otro, bien puede mandar el juzgador que sea desquitado el un debdo por el otro.* [2]*Lo mismo debe ser guardado en todos pleitos que quisieren amparar los omes los unos por los otros, maguer no sean fijos, nin parientes, nin aviendo carta de personeria.*

Puede oponer la compensacion el deudor por sí mismo ó por apoderado. Mas si algun individuo, siendo emplazado, no pudiese comparecer y se presentare á responder por él su hijo, podrá este oponer la compensacion de igual cantidad que le debiese el demandante, y el juez la admitirá en el supuesto de

que proceda siempre que el hijo dé fiador de que su padre lo aprobará y dará por bien hecho.

La ley está de acuerdo con la 9.ª, Dig. de *Comp.*, añadiendo que lo mismo sucederia si en lugar de un hijo se presentase á responder un pariente ó un estraño, pues cualquiera tiene facultad para defender los intereses de otro, aun sin poderes, afianzando que el demandado tendrá por firme lo hecho y pagará lo sentenciado: *Solutione vel judicium pro nobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus* (23, Dig., de *Solut.* 10, tít. V, Part. III).

No cabe oponer á un tutor, acreedor nuestro, la compensacion de lo que nos debe su pupilo, y vice-versa: *Id, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debet* (Ley 23, de *Comp.*).

Tampoco el deudor principal puede utilizar la compensacion de lo que el acreedor debe al fiador, pues el deudor principal está obligado por sí mismo, y no puede disponer de un crédito perteneciente á su fiador, sino mediante cesion que le haga por separado.

Ni el deudor solidario puede oponer la compensacion de lo que el acreedor debe á su co-deudor, porque en realidad debe por sí mismo la cantidad que se le pide, y no puede oponer las escepciones que son personales á sus deudores.

Pero si uno de los co-deudores demandado por el acreedor le ha opuesto la compensacion de lo que debe á él mismo, y ha vencido en el juicio, puede otro co-deudor aprovecharse de la sentencia, porque se reputa mas bien que una compensacion la estincion de la deuda.

El fiador no puede invocar la compensacion de lo que el acreedor debe al confiador ó compañero en la fianza; escepto si el acreedor reclamase la deuda del confiador que á su vez tuviese contra él algun crédito, pues entonces quedaria estinguida como en el caso anterior.

El deudor que hubiere consentido en la cesion de derechos, ejecutada por un acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensacion que le corresponderia contra el cedente. Su silencio se interpreta por una renuncia.

Si el deudor no consintió la cesion, al serle notificada, puede oponer al cesionario la compensacion de las deudas anteriores á la notificacion, porque este acto, en el que no intervino y que no aprobó, no ha podido perjudicarle en sus derechos.

Hecha la cesion sin conocimiento del deudor le corresponde la compensacion, no solo por los créditos anteriores, sino por los posteriores que contrajere hasta que llegó á su noticia la cesion. Justo castigo de la malicia ó negligencia del cedente y cesionario.

Respecto al heredero, la doctrina, aunque oscurecida por las sutilezas de algunos intérpretes, es obvia. Como sucesor en los derechos y obligaciones de un difunto, puede compensar sus deudas con las que á este debia un tercero, y las de este, respecto al heredero, con las que á él le debia el difunto; aunque es á calidad de que haya adido la herencia puramente y no á beneficio de inventario. Ejemplo: debo cien á Juan, que á su vez debia los mismos á Pedro. Yo heredo á Pedro, y como heredero de este pido á Juan los ciento: Juan podrá compensarlos con los ciento que yo le debo. Otro: Juan me debe ciento, y Pedro debia á Juan la misma cantidad. Yo heredo á Pedro, deudor de Juan, y pido á este en mi propio nombre, los ciento que me debia; Juan podrá compensarlos con los ciento que le debia Pedro (Goyena, art. 1129).

### Artículo 3.°

*Deudas esceptuadas de la compensacion.*

No procede la compensacion en los siguientes casos:

1.° Contra la demanda de restitucion en casos de despojo: el despojante no puede quedarse con la cosa á título de compensacion por el principio de derecho *spoliatus ante omnia restituendus*.

2.° Cuando se trata de la restitucion de un depósito sea voluntario ó necesario.

*E maguer le oviese á dar alguna cosa aquel que gela enco-*

*mendase, con todo, non gela debe tener, el que recibió el condesijo, por razon de prenda, á que dicen en latin compensatio.....* (Ley 5.ª, tít. III).

*.....E decimos, que si un ome encomendase á otro alguna cosa, quier fuese de aquellas que se pudiesen contar, pesar, ó medir, quier non, maguer el que gela dió en guarda, le debiese á el otra debda, non le puede demandar que sea fecho desquitamiento de lo uno por lo al; mas debel tornar en todas guisas aquello que recibió del en guarda; é despues desso, puedel mover demanda por lo que debe* (27, tít. XIV, Part. V).

Paulo dejó escrito; *in causa depositi compensationis locus non est* Sent. 11, 12, 13). Este precepto se referia al depósito irregular que es el designado en varios textos y del que habla la ley última de Partida.

Siendo regular cabria menos este remedio, además de ser un depósito, por la regla general; que las deudas de cuerpos ciertos no son susceptibles de compensacion; cuyo caso ha sido principalmente resuelto por la 5.ª que habla en términos absolutos.

Conforme á la 10 del tít. III el depositario no podia retener la cosa dada en depósito ni aun para descontar los gastos hechos en su conservacion: *despensas faciendo en pro de la cosa de otri como quier que las debe cobrar, con todo non deben retener, como en razon de prenda por ellas, aquella cosa que le fué dada en guarda*. Aunque muchos autores hayan sido de distinta opinion decimos como Gregorio Lopez: *Tene menti legem istam, quòd pro expensis factis in re deposita per depositarium non competit sibi jus retentionis.*

3.° Contra la demanda de restitucion de una cosa dada en comodato: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* (Ley 4.ª, tít. XXIII, lib. IV, Cód.).

Es terminante la ley 9.ª, tít. II, Part. V.—*Para servicio cierto, ó fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri, caballo, ó cosa semejante, emprestada..... luego que el servicio fuese fecho; ó el tiempo cumplido, tenudo es de la tornar á su señor: é non la puede tener dende en adelante como en razon*

*de prenda, maguer el que gela habia prestado, le oviese á dar alguna debda, ó otra cosa; fueras si la debda fuese por pro, ó por razon de aquella cosa mesma que rescibió prestada.*

Ha llamado la atencion de los autores que la ley conceda al comodatario el derecho de retener la cosa prestada por razon de los gastos hechos en ella, y que niegue igual facultad al depositario, pero la ley no ha querido, sin duda, que el depositario se cobre de un servicio prestado á la amistad por medio de la compensacion.

4.° En la de alimentos. Esta doctrina sin ser de ley, está admitida por interpretacion, porque siendo los alimentos necesarios á la vida constituiria un verdadero atentado negarlos á pretesto de compensacion: *necare videtur qui alimonia denegat* (Ley 4.ª, Dig. de *Agn.*). Pueden, sí, compensarse los alimentos de tiempos anteriores, pues la demanda no tiene ya por causa la subsistencia del alimentario.

5.° Cuando uno es condenado á pagar á otro alguna cantidad por razon de fuerza ó agravio (Ley 27, tít. XIV, Partida V).—*Dada seyendo sentencia contra alguno, que pechase cierta cuantía de maravedís á otro, por razon de fuerza, que oviese fecho; maguer este que recibió el tuerto, debiese alguna cosa al otro, é le fuere demandado, que descontase aquella debda por otra sobre que fué dado el juicio, non es tenudo de lo facer si non quisiere.*

Hay para esta prohibicion una causa de moralidad y hasta de buen órden.

7.° En cuanto á los censos conviene distinguir: es inadmisible la compensacion por parte del censualista, porque no puede obligar al censatario á que pague el capital; pero las pensiones la admiten; no obstante el reparo de algunos suponiendo que las pensiones son mas que un pago el reconocimiento de derechos, porque constituyen una cantidad exigible y como tal compensable sin menoscabo de los demás derechos.

Finalmente la ley 26, tít. XIV, ordena: *que los que deben maravedís al Rey ó algun Concejo, non les pueden des-*

*contar por manera de compensacion*. Hé aquí sus cuatro casos.

*Razones y ha porque las cosas que deben los omes unos á otros non puede ser fecho desquitamiento sobre ellas. Esto seria.* [1]*Como si el Rey ó el comun de algun Concejo, ovieren aver que fuese establecido apartadamente para labrar ó refacer muros, fuentes ó puentes, comprar armas, ó dar raciones á los que están al servicio del Rey, ó cosas semejantes. Ca cualquier que oviese á dar maravedis para esto, maguer el Rey ó el Concejo oviesen á dar á el otro debdo, non se podria compensar.* [2]*Otrosí aviendo algun ome á dar pecho, ó censo, al Rey ó algun Concejo, maguer deban á el otro debdo, non puede ser fecho desquitamiento del un debdo por el otro.* [3]*Eso mismo seria en los portazgos que los omes han á dar por las cosas que se llevan de unos lugares á otros.* [4]*E decimos que si algun ome establesciese á otro por su heredero so tal condicion, que despues de sus dias aquel heredamiento fincase á la Cámara del Rey ó al comun del Concejo; ó le diese maravedis en fieldad ó otra cosa cierta....., maguer el Rey ó el comun le oviesen á dar á él alguna debda, non puede ser esquitado lo uno por lo otro.*

La ley 3.ª del Código, de *Comp.* esceptúa de la compensacion varias especies de deudas propias de lás ciudades, con diferencia de términos, las mismas de la nuestra: lo cual contituye una limitacion de la que concede la compensacion contra el Fisco cuando los créditos respectivos proceden de la misma oficina ó dependencia pública: ***Rescriptum est, compensationi in causa fiscali locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit.***

Al discutirse el art. 1293 del Código francés, que calla sobre este caso, varios Consejeros hicieron indicaciones sobre el objeto de esta ley, indicaciones útiles para conocer su pensamiento. Cambacéres recordó que la compensacion jamás habia tenido lugar en materia de impuestos. Préameneu contestó: que la disposicion era de Derecho civil, estraña por consiguiente á los impuestos que se relacionan con el órden público. Portalis añadió que no habia compensacion con el Tesoro público sino cuando le debian á él y él debia á la manera de los particulares; es decir, cuando la deuda provenia de contra-

tos regidos por la ley civil, por ejemplo, un contrato de venta.

De las que por motivos de interés general conceden las leyes de Hacienda no debemos aquí ocuparnos.

### ARTÍCULO 4.°

*Efectos de la compensacion.*

La compensacion estingue *ipso jure* las deudas por ser, como hemos dicho, una especie de pago: *Placuit id, quod invicem debetur, ipso jure compensari* (Ley 21, Dig. de *Comp.*). Justiniano abrogó la antigua doctrina fundada en la diferencia que existia entre contratos, *bonæ fidei ò stricti juris: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus* (Ley fin. Cód.).

Estingue tambien por igual razon los privilegios, las prendas ó hipotecas, y el curso de intereses de las dos deudas hasta la concurrencia de las cantidades respectivas, y libra en igual proporcion á los fiadores.

La equidad aconseja seguir para la compensacion las prevenciones de la ley 10, tít. XIV, Part. V, sobre imputacion de pagos, aplicándose á la deuda vencida que fuese mas onerosa por razon de pena, interés, hipoteca ú otro gravámen, y siendo todos iguales, á prorata en proporcion de su importe.

Una vez consumada la compensacion, no puede ya cambiarse de una deuda para otra, como tampoco alterarse la imputacion de pago hecha en nombre de la ley por falta de espresion de los interesados.

## § IV.

*Remision ó quitamiento.*

### ARTÍCULO 1.°

*Definicion de la quita y sus especies.*

*Quitamiento es cuando facen pleito al debdor, de nunca de-*

*mandar lo quel debia, é le quitan el debdo aquellos que lo pueden facer* (Ley 1.ª, tít. XIV, Part. V).

Las obligaciones se estinguen por la remision, la cual se define: condonacion ó perdon que el acreedor hace al deudor de todo ó parte de la deuda. En el antiguo Derecho romano se verificaba por la simple convencion cuando el contrato era consensual; siendo de otra especie se hacia por la forma de la aceptilacion simple, si la obligacion provenia de una estipulacion, ó Aquiliana, si resultaba de un contrato real. El nuestro no reconoce tales diferencias; *quævis liberatio habetur pro solutione.*

Puede ser espresa ó tácita, judicial ó estrajudicial, total ó parcial. La primera tiene lugar por compromiso formal que contraen los interesados, obligándose el acreedor á no pedir la deuda ó dándose por satisfecho de ella, aunque no la haya recibido.

La tácita resulta por hechos ciertos del deudor que necesariamente hacen presumir su voluntad de perdonar la deuda. Como toda presuncion es falible, debemos analizar los hechos tenidos por suficientes para producir una remision tácita.

El derecho imperial consideró en este caso la cancelacion ó devolucion del recibo ó documento privado en que constare la deuda: *Si debitori meo reddiderim cautionem videtur, inter nos convenisse, ne peterem: profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

El mismo ejemplo de remision tácita presenta la ley 9.ª, tít. XIV, Part. 5.ª *Eso mismo seria, si un ome diese á otro la carta que habia sobre el, del debdo que le debiese, ó la rompiese á sabiendas, con entencion de quitarle el debdo; que tambien seria quito por ende, como si lo oviese pagado.*

Quiere que la devolucion ó cancelacion se haya hecho á sabiendas, y así lo presume reservando al acreedor el derecho de probar lo contrario. *Pero si el que habia de aver el debdo, pudiere probar con omes buenos, que dió la carta en fieldad al debdor, é non con voluntad de quitarle el debdo; ó que gela furtaron ó forzaron, ó rompieron contra su voluntad, en salvo le fincaria su derecho, contra aquel que debia la debda.*

La 40, tít. XIII, aunque hablando de la prueba, acepta

esta doctrina: *calladamente quitaria este derecho, si la obligacion fuese por carta, é el señor del debdo, que tuviese la carta, la cancelase, ó la rompiese, ó la diese á aquel que gela empeñara..... fueras si esto ficiese por miedo, fuerza ó engaño.*

La 11, tít. XIX, Part. III declara: que si la carta se halla sana ó íntegra en poder del deudor, incumbe á este probar que el acreedor se la devolvió queriéndole condonar la deuda; no si se hallare en poder del deudor rota y cancelada, porque entonces se presume el perdon. Pero no haciéndose distincion ninguna en la ley 9.ª comentada, y siendo de tan escaso fundamento la de la 11, por la facilidad del deudor en romper el documento despues de sustraido, creemos que es una presuncion á su favor presentar el documento roto ó entero, y que para destruir esa presuncion necesita probar el acreedor la sustraccion dolosa ó violenta.

El juramento deferido por el acreedor, á juicio de algunos intérpretes, constituye un nuevo caso. No somos de su opinion, pues aunque de él hable la 9.ª, es mas bien que un acto de remision la prueba de no haber existido la deuda.

No aprovecharse del retracto convencional despues de haberle estipulado, parece la renuncia de este derecho; pero aunque así sea, tampoco consideramos este acto como verdadera remision.

A veces las consideraciones tenidas por un acreedor en favor de su deudor se han querido interpretar por condonacion ó perdon de una deuda; como por ejemplo la facultad concedida por el primero al segundo de que abone lo que debe cuando le sea posible, en atencion á su insolvencia ; pero aunque por medio de esta gracia se deje á la buena fé del deudor satisfacer cuando pueda lo que adeude, no debe entenderse esta manifestacion del acreedor como una extincion del derecho que tiene contra aquel (S. 15 Junio 1866).

La remision es judicial si se concede á instancia del deudor en concurso voluntario de acreedores, prévios los trámites establecidos desde el art. 507 al 518 inclusive, E. C.

Y estrajudicial, de la que principalmente hablamos, cuando se verifica por convenio de las partes interesadas.

¿Y podrá ser parcial? Indudablemente: los romanos esceptuaban, respecto á la aceptilacion, el caso de no ser el objeto del contrato susceptible de partes; pero no conservando el derecho pátrio aquella ritualidad, ningun inconveniente hay en que la deuda se estinga por mitad ó por terceras partes.

### Artículo 2.°

*Requisitos para la remision*

El primero es la capacidad de los contrayentes, por falta de cuyo requisito no podrán hacerla los menores, los locos, etc.

Solo puede autorizarla el verdadero acreedor ú otro con poder suyo: de modo que el simple apoderado ó administrador, y aun el tutor ó curador, carecen de este derecho, porque semejantes personas tienen poder para administrar, pero no para dar: y la remision es una donacion.

No vale hecha en fraude de los acreedores: *maliciosamente quitan á las vegadas algunos omes las debdas que les deben, por facer engaño á aquellos cuyos debdores son. E decimos que ningun quitamiento que estos atales ficieren á sus debdores, debe valer, si fueren sabidores del engaño, aquellos á quien quitan el debdo* (Ley 12, tít. XV, Part. V).

La remision ha de hacerse al deudor, entendiendo por tal al que tenga su poder, y en el supuesto de que éste sufra la interdiccion, á su representante legítimo.

### Artículo 3.°

*Efectos de la remision.*

Están reducidos á estinguir del todo ó en parte la deuda bajo las siguientes prevenciones.

Si la remision es tácita, y los deudores solidarios, concedida á uno aprovecha á todos, porque la remision es un pago,

y no puede reclamarse de ninguno una deuda estinguida: si fuere espresa, y los deudores solidarios, produce el mismo efecto. Mas si al perdonarla á uno, el remitente se reserva espresamente el derecho contra los otros, subsistirá en los demás la deuda, deducida la parte de aquel á quien se hubiere remitido. El descargo personal *magis eximit personam debitoris ab obligatione, quam extinguit obligationem.*

Si el perdon se concede al deudor principal aprovecha á los fiadores, pero no al revés: es decir que otorgado á estos no aprovecha al deudor. De ambos estremos hallamos pruebas en los textos legales: *Non possunt conveniri fidejussores, liberato reo transactione* (Ley 68, § 2.°, tít. I, lib. XLVI, Dig.). *Cuando quitan al debdor de la debda fincan libres el é sus fiadores é los peños.....* (Ley 1.ª, tít. XIV, Part. V).

¿Ni qué objeto tendria la fianza estinguida la deuda principal? Por eso en el otro estremo sucede lo contrario: como la obligacion del deudor principal no depende de la del fiador, aunque esta se estinga, subsiste aquella: *fidejussoris autem conventio nihil proderit reo: quia nihil ejus interest, à debitore pecuniam non peti.....* (Ley 23, tít. XIV, lib. II, Dig.).

Por igual razon si se concediese á uno de los fiadores, no siendo mancomunados, no aprovecha al otro: *Imo nec confidejussoribus proderit: neque enim, quoquomodo cujusque interest* (Dicha ley).

El subfiador es respecto del fiador, lo que este respecto del deudor principal, habiéndose obligado para en caso de insolvencia del fiador, le aprovecha la remision ó cualquiera ventaja que dispense á este el acreedor,

La devolucion voluntaria de la cosa recibida en prenda produce la remision tácita del derecho de prenda, pero no la deuda, presumiéndose segun hemos dicho, voluntaria la devolucion, si se encuentra en poder del deudor, salvo prueba en contrario.

Esto es de ley: *Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est; nisi specialiter contrarium actum esse probetur* (3, tít. XIV, lib. II, Dig.). *E maguer diese, é quitase paladinamente ó callando el derecho que habia sobre el*

*peño, con todo eso non se entiende que le quita el debdo que habia sobre él.....* (Ley 40, tít. XIII, Part. V).

Y esto es racional; el acreedor devolviendo la prenda, lo que hace es probar por este acto su mayor confianza en la solvencia del deudor.

§ V.

## *De la novacion.*

ARTÍCULO 1.°

### *Idea de la novacion.*

Ley 15, tít. XIV. Part. V.—'*Renovamiento es otra manera de quitamiento que desata la obligacion principal de la debda, bien asi como la paga. Esto seria como si un ome vendiese á otro alguna cosa, é despues el comprador renovase el pleito en otra manera con el vendedor, obligándose á pagar el precio, como en razon de emprestido. Ca estonce non seria tenudo el debdor de pagarle lo que debia, como en razon de vendida, mas como si oviese los maravedís del precio tomados emprestados del otro.....*

Aunque la novacion no destruye la obligacion al cambiarla por otra nueva, la desata, bajo cuyo aspecto la ley la considera como manera de *quitamiento*. Puede ser de varias especies, pero en las palabras trascritas solo hallamos definida y mejor dicho, descrita, la novacion que consiste en sustituir una deuda por otra; tal sucederia, si vendida una cosa, el comprador se obligase á pagar su importe, no como precio de la venta, sino por razon de mútuo.

Lo que falta de espresion á la ley se suple por otras de Derecho romano que definen etimológica y científicamente la novacion: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim à novo nomen accepit, et à nova obligatione* (Ley 1.ª, tít. II, lib. XLVI, Dig.).

Cuando un pacto es modificado por otro posterior, cesa la

accion que pudiera utilizarse por consecuencia del que antes existia (S. 11 Mayo 1859 y otras).

La novacion de un contrato aceptada por ambas partes contratantes produce una verdadera obligacion, modificando lo anteriormente convenido (R. C. 23 Octubre 1865).

Es de esencia en la novacion que haya dos deudas, pero no que se contraigan con intervalo de tiempo, pues basta un momento como demuestra el ejemplo citado en la ley 8.ª, § 2.º, Dig. de *Nov.*).

Toda obligacion válida se puede novar: *Non interest, qualis processit obligatio: seu civilis, seu naturalis, qualiscunque sit novari potest: dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter* (Ley 1.ª, § 1.º).

*E aun se podria renovar en otra manera el pleito fecho primeramente; así como si el debdor que debiese alguna cosa á otro renovase el pleito otra vez, dando otro debdor, ó manero en su logar, á aquel á quien debiese la debda, á placer del; diciendo abiertamente el debdor que lo facia con voluntad que el primero fuese desatado, é este debdor ó manero que metieron en su logar de nuevo, fincase obligado por la debda é el otro quito. Ca estonce valdría el segundo pleito é seria desatado el primero. E maguer este segundo que renovó el pleito sobre si, viniese á pobreza, de guisa que non oviese de que pagar la debda; con todo eso, el que la debia aver, non ha demanda ninguna en esta razon contra el primer debdor.....*

Otra manera de novacion es la que se hace cambiando la persona del deudor; es decir, poniendo en lugar del antiguo otro nuevo. Este nuevo deudor se llama en derecho *expromisor*, y el acto que le constituye expromision; el Proyecto de Código dice: cuando la sustitucion de un nuevo deudor se hace por el primitivo, se llama delegacion.

Con arreglo á esta ley para que haya novacion de contrato por subrogacion de un nuevo deudor en lugar del primero quedando éste libre es necesario que dicha subrogacion sea á *placer* del acreedor, etc. etc. (R. C. 3 Febrero 1862).

Esta especie de novacion exige el consentimiento del acree-

dor, pero no el del deudor: la razon es sencilla: el cambio de persona respecto al primero puede hacer desaparecer toda la garantía de su crédito; respecto al segundo le desliga de su obligacion, y esto siempre le es útil: *Quod ego debeo, si alius promittit, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiam si nolim* (Ley 8.ª, § 5.º, tít. II, lib. XLVI, Dig.): *ignorantis enim et inviti conditio melior fieri potest* (Ley 53, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

Rota la primera obligacion, aunque el segundo deudor fuese insolvente por venir á pobreza, ó por otra causa, el acreedor no podria repetir contra el antiguo.

*Otrosi si el diere á otro su deudor por mañero quel pague aquel deudo, y el otro rescibiere del, no sea tenudo de responderle mas por este deudo, maguer que el otro no gelo pague.....* (Ley 16, tít. XX, lib. III, F. R.).

La novacion no existe sin la espresa voluntad de hacerla. .....[4]*Mas si las palabras sobredichas non dijese el debdor, cuando renovase el pleito segundo, mas simplemente dijese que daba por debdor, ó por manero de aquella debda á fulan; por este renovamiento del pleito non se desataria el primero; ante se afirmaria é fincarian obligados por la debda, tambien el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serian quitos de la obligacion principal.*

Para que se produjese una novacion exigia el derecho que se pusiesen los medios: *novatio ita demun fit, si hoc agatur ut novetur obligatio: si hoc non agatur: duæ erunt obligationes.* Mas como esto era vago, Justiniano estableció que en adelante no habria novacion, y, antes bien, subsistiria la primitiva obligacion con aumento de la segunda: *nisi specialiter remisserint priorem obligationem, et hoc expresserint quoad secumdam magis pro anterioribus elegerint.*

Este rigor, aunque limitado al caso de expromision, debe observarse en todo á fin de evitar los conflictos de una novacion ambigua ó mal espresada.

Tampoco puede verificarse en un contrato novacion alguna respecto á las obligaciones y derechos de un tercero que no intervenga en su celebracion (R. C. 28 Junio 1860).

*Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulacione novi sit; forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur* (§ 3.°, tít. XXX, lib. III, Inst.).

Esta novacion se diferencia de la primera en que allí cambia la obligacion, casi se destruye, aquí en esencia permanece: lo que sucede es que se modifica.

La ley sin hablar de esta novacion, indirectamente la establece, señalando su requisito especial de conformidad con la romana en los términos siguientes:

.....[5]*Otrosi decimos que si el renovamiento del pleito que digimos en el comienzo, fuese fecho so condicion, é se cumpliese la condicion despues, desatarse y a por ende el primer pleito, é valdria el segundo; é seria tenudo este que así lo tomase sobre sí, de pagar el debdo que renovase; é el otro que lo debia, seria quito por ende.* [6]*Mas si la condicion no se cumpliese, fincaria firme el primer pleito, é seria tenudo de lo cumplir el debdor que lo avia fecho; é non valdria el renovamiento.* [7]*Eso mismo seria si el que renovase el segundo pleito, mudase su estado, ante, ó en el tiempo que se cumpliese la condicion, de manera que non oviese poder de estar en juicio. Ca maguer se cumpliese la condicion non valdria el segundo.*

Cuando una obligacion pura se convierte en condicional, no habrá novacion, si llega á faltar la condicion puesta en la segunda. Tampoco existirá si la condicional se convierte en pura y falta la condicion de la primera, como no haya pacto en contrario, pues entonces no habrá mas que una obligacion y la novacion exige dos. Lo mismo acontece si antes de cumplir la condicion ó en el acto, el delegado cambia su estado en términos que no pueda comparecer en juicio: *quod desinat standi in judicio potestatem habere.*

Aunque esta ley reconoce la novacion, como uno de los medios de extinguirse las obligaciones, es sin embargo, necesario que cuando sea hecha bajo cierta condicion, se cumpla esta para que produzca dicho efecto, pues de otro modo, conforme á su disposicion, fincaria firme el primer pleito, etc. (Real Cédula 22 Noviembre 1864).

No es novacion de un contrato la enmienda ténue que en el mismo se haga (R. C. 20 Diciembre 1865).

Si el acreedor proroga el término del pago (*solutionis non obligationis*) no hay novacion. Tampoco la hay, cuando el comprador de una finca, autorizado por el vendedor, busca quien le sustituya en la compra, pues esta autorizacion y los actos consiguientes á ella no hacen variar la naturaleza del contrato (S. 22 Diciembre 1866).

El Código francés distingue una tercera especie de novacion que consiste en sustituir un nuevo acreedor al antiguo.

Hé aquí un ejemplo: Pedro me debe mil duros: le propongo desligarle de esta obligacion si consiente en contratar igual suma con mi hermano: si consiente, la primera deuda desaparece sustituyéndose por la segunda. Rogron dice: conviene no confundir la novacion con la subrogacion: esta tendria lugar en el ejemplo propuesto, si yo hubiese subrogado en mi lugar á mi hermano, porque el crédito era el mismo, y él no hacia mas que representar sus derechos.

Como la diferencia es de forma, y la obligacion permanece en el mismo estado, faltando este requisito que es el principal de la novacion, nosotros consideramos de poca importancia esta nueva especie, que en último término es ni mas ni menos una subrogacion. Pothier, sin embargo, la admite y esplica sus efectos y la diferencia que hay entre ella, la cesion, ó traspaso y la simple indicacion.

### Artículo 2.°

### *Efectos de la novacion.*

La novacion estingue la obligacion primitiva, y juntamente con ella todos sus accesorios, privilegios, si los tuviese, hipotecas, fianzas, etc.: *Si creditor pœnam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset: novatione facta non committitur stipulatio* (Ley 15). *Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ, et pignus, usuræ non currunt* (18). *Perit privilegium dotis, et tutelæ si post pubertatem tutelæ actio novetur* (29, Dig. de *Nov.*).

Este efecto es comun á todos los casos de liberacion: *In omnibus speciebus liberationum etiam accesiones liberantur.....* (Ley 43, título III, lib. XLVI, Dig.).

En el supuesto de haberse repetido la hipoteca en la nueva obligacion, subsistirá con la prioridad ó prerogativa de la primera: *Creditor acceptis pignoribus, quæ secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta (pignora) prioribus addidit: superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti* (3, tít. IV, lib. XX, Dig.).

Si la obligacion fuere de dar y se convirtió con beneplácito del acreedor en otra de hacer, no cumpliendo el deudor, el acreedor es libre para pedir una cosa ú otra..... *Si este á quien quitó el primer pleito, non le cumple aquello que prometió en el segundo, en su escogencia es del otro de facerle cumplir lo que prometió á postremas, ó de demandar quel cumpla el primer pleito en la manera que era tenudo de lo cumplir ante que gelo quitase. E non se pueda escusar el otro que lo non cumpla por decir que del primer pleito ya fuera quito; pues que fizo contra aquello que debiera dar ó facer por el segundo pleito, por razon del quitamiento* (Ley 41, tít. 14, Part. V).

Si el primitivo deudor se hubiese obligado bajo condicion, y el segundo puramente, no valdria la novacion si la condicion no se cumplia: *Ca pues sobre aquella debda misma se renueva el pleito, non puede ser si la condicion non viniese con el así como fué puesta.*

Esceptúase cuando este último se conviniera en pagar la deuda aunque no se cumpliere la condicion. *Ca entonce, quier se cumpliese la condicion, ó non, valdria el segundo pleito é seria tenudo de pagar la debda, el que lo ficiese, é seria desatado el primero* (Ley 16).

Si el nuevo deudor fuere mayor de siete años, menor de catorce, y se subrogare al antiguo sin consentimiento del tutor, la deuda se estingue y él no queda obligado: *por tal renovamiento desatare y a el primer pleito, é seria quito el que lo oviese fecho: de manera que despues non le es tenudo de pagar la debda, nin otrosi el menor, si non quisiere. E por ende á su*

*culpa se debe tornar, el que con tal menor renovó el pleito que non avia poder de lo facer á daño de sí* (Ley 18).

Novacion hecha por error: Ley 19.—[1]*Cuidando algun ome que era debdor de otro, é por esta razon se moviese á entrar manero á otro tercero, para pagarle aquella debda cuyo debdor cuidaba que era, renovando el pleito de aquella debda, é obligándose á pagarla; por tal renovamiento desatase el primero, é vale el segundo. E es tenudo de pagar la debda el que la fizo, maguer sopiese despues que non avia á dar ninguna cosa á aquel cuyo debdor cuidaba que era.* [2]*Pero en salvo finca á este que renovó el pleito de poder demandar á aquel cuyo debdor cuidaba que era, ante quel pague la debda, que le saque de aquella obligacion en que entró por él. E si non lo quisiere hacer, é apremiasen al otro, de manera que la oviese de lo suyo á pagar; tenudo es el otro por cuyo nombre fué prometida la debda de nuevo, de pagarle en todas guisas aquello que por el pagó; é non se puede escusar que lo non faga, maguer diga que non le mandó entrar manero, nin pagador, pues que en nome del pagó, cuidando que lo debia facer.....*

Si creyendo uno que era deudor de otro le prometió librarle de la deuda que él tenia con un tercero, pagando á su acreedor, aunque despues apareciese que nada le debia, quedará obligado por tal promesa.

Pero como no es justo cargarle con una obligacion que contrajo en falso, puede pedir á su pretendido acreedor que le libre de la obligacion que malamente contrajo; y si no lo hace y á él le apremian, deberá este abonarle todo lo que por él pagó, sin servirle de escusa decir que él no le mandó, pues sea como quiera pagó en su nombre creyendo que lo debia hacer.

[3]*Mas si algun ome que fuese debdor de otro, cuidando que este cuyo debdor era, avia á dar alguna cosa á otro tercero, é non fuese así; si renovase pleito con él, é se obligase á pagarle aquello que cuidaba que le debia aquel cuyo debdor era él; maguer tal pleito aya fecho con él, puede decir ante que le faga la paga, que le non dará ninguna cosa; poniendo defension*

*ante sí, que gelo non debe dar: pues que el otro, por quien entró manero, non le debe nada. E si acaesciese que le pagase aquello por que entró manero, é ficiese la paga por mandado del otro, cuyo debdor él era, finca desobligado de la debda; pero en salvo finca á este, á quien debia la debda, poder contra el otro que le torne lo que rescibió de mano de su debdor, pues él non le debia nada; é el que rescibió la paga, es tenudo de gela tornar. E si la paga ficiese por sí mismo, sin mandado de aquel cuyo debdor era, non finca desobligado de la debda, é es tenudo de gela pagar. E ha demanda contra el otro que le torne lo que le pagó; é debegelo tornar maguer non quiera.*

El anterior párrafo figura un deudor que se comprometió á pagar y tuvo que hacerlo por virtud de su promesa; mediante haber producido una novacion válida. Este dice que si siendo verdadero deudor, ofreció pagar á un tercero, considerándolo acreedor del que lo era suyo, puede escusar el pago, oponiendo la escepcion de lo indebido; *pues el otro por quien entró manero, no le debe nada.*

Si verificó la paga por mandato de su verdadero acreedor, su obligacion queda estinguida, salvo el recurso de éste para reclamarla del tercero que la recibió, supuesto que nada le debia. Pero si pagó por propia voluntad ó sin encargo de su acreedor, sigue con la obligacion de abonar su deuda quedándole el derecho de repetir del tercero lo que indebidamente le pagó.

Celebrada la novacion por delegacion de un nuevo deudor, los privilegios é hipotecas del antiguo crédito no pueden pasar sobre los bienes de dicho deudor (Ley 11, § 1.°, tít. VII, libro XIII, Dig.): *novata autem debiti obligatio, pignus perimit; nisi convenit ut pignus repetatur*, por cuyas palabras podria presumirse que pasarian si el acreedor se les reservase por pacto espreso. Pero Goyena observa que para esta traslacion y preferencia de la hipoteca, es menester que el deudor continúe siendo el mismo; pues no se podria hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con fecha anterior á la novacion, sin esponerse á perjudicar á los acreedores de dicho deudor. Es-

ta es tambien la doctrina del Código francés en el art. 1279.

Cuando la novacion tiene lugar entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, las hipotecas del antiguo crédito solo pueden quedar reservadas sobre los bienes del que contrae la nueva deuda. La razon es, porque el crédito queda estinguido respecto de los co-deudores, de modo que el autor de la novacion podrá hipotecar sus bienes, pero no los de ellos (Artículo 1280).

## § VI.

### *Confusion.*

*Confusione perinde extinguitur obligatio, ac solutione* (Ley 21, § 1.°, título III, lib. XXXIV, Dig.).

Hay confusion cuando se reunen en una misma persona la calidad de acreedor y de deudor sobre una misma cosa. Está fundado este modo de liberacion en el conocido principio de derecho de que nadie puede ser deudor y acreedor de sí mismo; *Nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse* (Ley 21, § 3.°, tít. I, lib. XLVI. Dig.).

Se verifica, ó en virtud de un título universal, como v. gr., heredando el deudor al acreedor, ó este al deudor, ó un tercero ó los dos, ó en virtud de título particular, como adquiriendo el deudor el crédito por otra causa que la herencia; y puede tener lugar, ó entre el deudor principal y su acreedor ó entre este y el fiador, ó entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios.

Los efectos de la confusion son como siguen.

1.° No tiene lugar en la herencia, cuando se haya aceptado á beneficio de inventario. *E si aquel que es establecido por heredero oviere alguna demanda, ó le debiese alguna cosa aquel que lo estableció por su heredero, en salvo le finca la demanda ó aquello quel debia el testador, si el inventario ficiese* (Ley 8.ª, tít. VI, Part. VI).

2.° La confusion que tiene lugar en la persona del deudor

principal aprovecha á su fiador. La caucion es un accesorio de la obligacion principal: *fidejussor accedit obligatione rei principalis*. De donde se sigue que no puede subsistir cesando la primera segun la regla de derecho. *Cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent* (Ley 129, § 1.°, de *Reg. jur.*) y la otra, *Quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptæ fuerint* (Ley 2.ª, Dig. de *Pec. leg.*).

La caucion supone un deudor principal, y aquí no existe despues de la confusion: es el argumento de la ley 38, § 1.°, Dig. de *Fidej.*: *quia nec reus est pro quo debeat.*

Implica hasta en los términos que sea uno fiador de otro para con el mismo: *fidejussores ideo liberari: quia pro eodem apud eundem debere non possent* (Ley 34, § 8.°, de *Sol.*).

Por el contrario, la confusion que tiene lugar en la persona del fiador por haberle heredado el deudor, ó el fiador haber heredado al acreedor, no estingue la obligacion: *Si creditor fidejussori hæres fuerit, vel fidejussor creditori: puto convenire confusione obligationis non liberari reum* (Ley 71, Dig. de *Fidej.*).

Es la misma razon, pero en sentido inverso: la obligacion principal subsiste, sin necesidad de la accesoria.

3.° La que se verifica en la persona del acreedor que hereda á uno de los deudores solidarios ó en la persona de uno de estos que hereda al acreedor comun, no estingue la deuda solidaria sino en la parte y porcion del acreedor ó deudor en quien tenga lugar la confusion.

Ejemplo de los dos casos: Pedro, Juan y Diego me deben solidariamente doce mil duros: yo heredo á Pedro ó este á mí: hay confusion en cuanto á la parte de deuda correspondiente á Pedro que es cuatro, pero la obligacion continúa solidaria en cuanto á los otros dos Juan y Diego por los ocho restantes; y Pedro ó yo podremos reclamarlos de cualquiera de ellos.

La misma rebaja ha de hacerse en cuanto á los fiadores si los hubiese; de modo que si en el caso propuesto Pedro hubiera dado además fianza en su solo nombre, quedaria libre su fiador.

Otro caso: Pedro, Juan y Diego son acreedores solidarios

mios por la cantidad de doce mil duros. Si yo heredo á Pedro, ó este á mí, hay confusion por la parte correspondiente al crédito de Pedro; es decir, cuatro; pero el crédito sigue siendo solidario por los ocho restantes á favor de Juan y Diego, y cualquiera de estos podria reclamarlos de Pedro ó de mí en su caso.

La ley 71, tít. I, lib. XLVI, Dig. decide que en estos casos no se estingue la obligacion por la confusion... *aditione hæreditatis, confusione obligationis eximi personam: sed et accesiones ex ejus persona liberari... igitur alterum reum ejusdem pecuniæ non liberari.*

Mas como por Derecho moderno los co-deudores, aun sin ser sócios tienen repeticion unos contra otros por sus respectivas partes, verificada la confusion respecto de uno, los otros aunque obligados solidariamente lo son por lo que resta deducida aquella parte.

## § VII.

### *Estincion de la cosa.*

No pudiendo existir obligacion sin cosa sobre que recaiga, se infiere que la estincion de la cosa lleva consigo la de la obligacion; pero esto se verifica con sujecion á reglas determinadas.

#### Articulo 1.°

#### *Deuda de cosa específica.*

Ley 9.ª, tít. XIV, Part. V.—[1] *Bestia, ó otra cosa cierta debiendo un ome á otro, si aquella cosa se perdiese ó muriese ante del plazo á que la debia dar, ó si el plazo non fuese puesto ante que el otro gela demandase por juicio; si la pérdida, ó la muerte non avino por culpa, nin por engaño del debdor, quito es de tal debdo.* [2] *Mas si se perdiese ó muriese por su culpa ó por el engaño que el debdor ficiese, entonce tenudo seria de pechar la estimacion della.....*

Cuando la cosa que se deba sea cierta ó determinada y se

muriese ó estraviase antes del plazo, y si no se puso, antes de ser reclamada en juicio, se libra de la deuda, si la pérdida ó la muerte no vino por su culpa ó por su engaño, pues de lo contrario estará obligado á pagar su estimacion.

La ley por razon de su orígen, concierta con la 23, tít. I, lib. XLV del Dig.: *si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.*

Por el contenido, su espíritu se estiende mas que la letra, pues aunque pone por ejemplo que la cosa se pierda ó se muera, otras causas además de la muerte ó el estravío equivalen á la destruccion. Una es que la cosa haya salido del comercio, por eso dice Ulpiano: *is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem... non tenetur* (Ley 51, Dig. de *Ver. oblig.*).

Si yo tengo que entregar un pedazo de terreno, y el Gobierno me espropia para hacer un camino ó una calle, cumpliré con traspasar á mi acreedor los derechos que me competen para la indemnizacion.

Cesa tambien cuando la cosa debida no puede serme entregada, aunque sea susceptible de obligacion para con otra persona. La ley 136, § 1.° de *Ver. oblig.* presenta el siguiente ejemplo: *si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit; evanescit stipulatio.*

Por lo demás, una cosa perdida y cuyo paradero no se descubre á pesar de muchas diligencias, cual sucederia habiendo sido robada, es como si hubiese dejado de existir. Tal seria el estravío que escluya material y moralmente toda esperanza de recobrarla.

Es tambien requisito indispensable para que se cumpla este modo de liberacion, que la pérdida se haya verificado sin culpa del deudor; Ley 18, tít. XI, Part. V: '*Cosa señalada prometiendo un ome á otro de dar, ó de facer á dia cierto, si la cosa se muriese ante del dia de su muerte natural, sin culpa del que face la promision, non es tenudo de la pechar, nin dar nin-*

*guna cosa por razon de ella; si muriese despues seria tenudo del pechar la estimacion..... [2]Si no se señaló dia y habiéndola pedido el acreedor, non gela quisiere dar, pudiéndolo facer, si muriese la cosa de su muerte natural, es tenudo de la pechar: si muriese ante non seria tenudo el que la prometió de darle ninguna cosa por ella.*

Una limitacion ó aclaracion puede admitir este caso: el Proyecto de Código dice: aun cuando el deudor se ha constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligacion se estingue, siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho la entrega.

Los modernos Códigos establecen esta doctrina tomándola de la jurisprudencia romana: *si sua natura res ante rem judicatam interciderit,.... naturalem interitum ad actorem pertinere æquum est: utique, cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori* (Ley 14, § 1.°, tít. III, lib. XVI, Dig.). Goyena la apoya con el siguiente ejemplo: Debia entregaros una casa y estoy en mora; la casa es abrasada por un rayo: quedo libre de la obligacion, porque habria sido igualmente abrasada, si os la hubiera entregado.

La ley 3.ª, tít. II, Part. V esplica cuándo se entiende perdida por caso fortuito la cosa dada en comodato para quedar libre el deudor de la obligacion, y cuándo, á pesar de haberse perdido por esta causa, el acreedor está obligado á prestar la indemnizacion.

La 20, tít. XIII, dicta reglas para conocer cuándo la cosa dada en prenda ha perecido por culpa del deudor y no por caso fortuito.

La prueba del caso fortuito incumbe al deudor segun opinion de Ulpiano en la ley 19, Dig. de *Prob.*: *In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere; ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere; id est probare debere.*

Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediera de un delito, como el robo, deberá el ladron devolverla ó abonar su valor con los aumentos, sea cualquiera la causa de su pérdida; escepto si habiéndola ofrecido al que la debia re-

cibir, no quisiera admitirla: entonces aunque pereciera en su poder, no debe pagar la estimacion..... *E si por aventura la cosa furtada se muriese, ó se perdiese, siempre son tenudos los ladrones, ó sus herederos, de pechar por ella tanta quantía cuanta mas pudiera valer desde el dia que la furtaron, fasta el dia que la comenzaron á demandar. Pero los ladrones ó sus herederos, si quisieren tornar la cosa furtada á aquel cuya era, ó á sus herederos, si la non quisiesen rescebir; é despues deso si muriese, ó perdiese sin culpa dellos, non serian tenudos de pechar la estimacion della.....* (20, tít. XIV, Part. VII).

ARTÍCULO 2.°

*Cosas indeterminadas.*

Cuando la cosa se deba genéricamente ó en abstracto, ó consista en una cantidad de dinero ú otra cosa fungible, no tiene lugar este medio de estimacion: *genus non perit.*

Por este principio, la ley 11, Cód.: *si certum pet.* decide que el deudor de una cantidad de dinero no se liberta por el incendio de sus efectos: *Incendium ære alieno non exuit debitorem.* El dinero y sus efectos no son la cosa debida: lo que se debe es una cantidad, la cual siendo determinada, no puede perecer.

Respecto á las cosas fungibles, puede haber todavía otra razon, y es, que como la obligacion de devolverlas resulta generalmente del préstamo, y por este se trasfiere el dominio, el deudor sufre la pérdida, porque las cosas perecen siempre para su dueño, y no se escusa de cumplir con el contrato que le obliga á entregar un equivalente.

Cuando la cosa no fuera absolutamente indeterminada, como sucederia si formase parte de objetos determinados, puede estinguirse por la estincion de todas las cosas.

Por ejemplo; si uno me debe un tonel de vino de tal bodega en la cual se encuentran otros; en tanto que quede uno, subsistirá la obligacion, pero si todos perecen, la obligacion se estingue. Para eso hay que distinguir los términos del contrato: en el caso propuesto son restrictivos ó limitativos, pero po-

dian ser demostrativos, y entonces no se estinguiria la obligacion, aunque pereciesen todos los toneles de una cueva designada únicamente por via de ejemplo.

Las cosas fungibles pueden pasar á ser especies ó cuerpos determinados por la designacion del lugar: *Pecunia quæ in arca est, vel vinum, quod in apothecis est* (Ley 30, lib. XXX, Dig.). *Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur* (Ley 37, tít. I, lib. XLV, Dig.).

En cuanto á las obligaciones de hacer ó no hacer, la regla es que se estingan probando la imposibilidad de su cumplimiento por fuerza mayor, caso fortuito, etc.

Terminaremos la materia con dos observaciones.

1.ª Cuando la estincion de la deuda no sea completa, sino que reste alguna parte, la deuda se considera subsistente en cuanto á esta parte: el caso no puede ofrecer dudas tratándose de una colectividad, v. gr., un rebaño: las ofrecería si la cosa fuese específica; como si muerto un buey se preguntase si se debia la piel, pero aun en este caso, motivo de controversia y de oposicion entre los intérpretes, la doctrina es que subsiste. *Meum est, quod ex re mea superest* (Ley 49, § 1.°, de *Rei vind.*).

2.ª El deudor de una cosa perdida, sin culpa del mismo, está obligado á ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnizacion. El deudor, en ningun caso, debe enriquecerse con detrimento del acreedor.

Si uno me debe un caballo, y sin culpa suya le matan ó le roban, no puede entregármele, es verdad; pero está obligado á subrogarme en sus acciones para perseguir á los que le mataron ó robaron.

## § VIII.

### *Mútuo disenso.*

*Hoc amplius, ex obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur* (§ 4.°, tít. XXX, lib. III, Inst.).

El Proyecto de Código coloca el disenso el primero entre los modos de estinguirse las obligaciones, y en parte no sin

motivo: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verb. obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (Ley 35). *Omnia, quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (100). *Quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus* (153, de *Reg. jur.*).

Aunque el testo Justinianeo considera este modo de estinguirse las obligaciones propio de los contratos consensuales, y esta es la opinion general de los autores, creemos que la regla es igual para todos, porque todos se perfeccionan por el consentimiento, y es condicion del mútuo disenso que se verifique antes de la consumacion: despues, seria mas que la disolucion de la primitiva obligacion, la celebracion de otra nueva: *re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest* (Ley 1.ª). *Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse disolvi constat* (Ley 2.ª, tít. XLV, libro IV, Cód.).

La ley 2.ª, tít. X, lib. III del F. R., despues de decir que una vez que el comprador ó vendedor tomare señal, *no pueda desfacer la vendida;* establece como escepcion que se pueda *desfacer por avenencia de amas las partes.*

## § IX.

## *De la rescision.*

### Artículo 1.°

### *Acepcion de esta palabra.*

Antes de analizar este modo de concluir las obligaciones esplicaremos una palabra que aparece alguna vez empleada con poca propiedad. Las Partidas la hacen sinónima de nulidad, como se infiere de las leyes 56 y 57, tít. V, Part. V, que al enumerar las causas por las que no vale una venta, tan pronto dicen que no valga el contrato, como el que sea deshecho.

Nulidad existe cuando el acto carece de algun requisito esencial que obliga á tenerle por no hecho; ó cuando él acto

que aparece válido por haberse guardado las formas esteriores, contiene un vicio que puede impedir sus efectos si uno de los contrayentes lo pide. La nulidad se relaciona con el órden público, por lo cual no puede subsanarse por prescripcion ni ratificacion: la rescision, por el contrario, puede subsanarse por la ratificacion ó el silencio de las partes, y aun el que la pide necesita probar que el acto le infiere perjuicio.

Cuatro defectos, en relacion directa con los requisitos esenciales de los contratos, pueden constituir su nulidad: la incapacidad de las personas: la falta de consentimiento: la falta de materia por imposibilidad del objeto y la falta de una causa lícita.

Contrayéndonos en este momento á la rescision, nos limitaremos, para disminuir los inconvenientes de una repeticion inútil, á presentar el resúmen de las obligaciones que mas frecuentemente admiten este remedio.

### Artículo 2.°

*Obligaciones susceptibles de rescision.*

1.ª Las que versan sobre cosas de menores, iglesias y corporaciones, porque pueden haber sufrido daño en un contrato, y, mediante el beneficio de restitucion, aunque estraordinario, se les concede que el *pleito torne en el estado primero en que antes estaba* (Leyes 1.ª y 10, tít. XIX, Part. VI).

2.ª Las contraidas por fuerza, miedo, ó dolo incidente en el contrato. Los jurisconsultos romanos apreciaron de distinta manera estos vicios, segun que afectasen á un contrato de buena fé ó de estricto derecho; pero por nuestra legislacion, que no hace tal diferencia, son simplemente rescisorios. *Por miedo ó fuerza comprando ó vendiendo ome alguna cosa, non debe valer* (Ley 56, tít. V).—*Por miedo, fuerza ó engaño prometiendo un ome á otro de dar ó de facer alguna cosa, non es tenudo de cumplir la promision* (Ley 28, tít. XI, Part. V).—*Pleito ó postura que ome face por miedo, non debe valer* (7.ª, tít. XXXIII, Part. VII).

3.ª Las que proceden de enajenaciones hechas en fraude de los acreedores: *acaesce que tal debdor condenado en juicio enagena todos los bienes, porque non puedan fallar de lo suyo. E decimos que tal enagenamiento pueden revocar aquellos que deben ser entregados en ellos desde el dia que lo supieren fasta un año* (Ley 7.ª, tít. XV, concierta la 11, tít. XIV, Part. V).

4.ª Las que se hicieren maliciosamente á personas muy poderosas. Señalaron esta causa las leyes 30, tít. II, y 15, tít. VII, Part. III, en consideracion á la influencia de algunos hombres poderosos, pero esta causa es controvertible; pues cuando la ley sirve de valladar á todos los ciudadanos, no son de temer ciertos abusos.

5.ª Las que provienen del contrato de compra-venta por haber ocultado el vendedor maliciosamente carga, tacha, vicio ó defecto de la cosa enajenada á título oneroso, como consta de las leyes 63, 64 y 65, tít. V, Part. V.

6.ª Aquellas en que ha habido lesion en mas de la mitad del justo precio, y en las que, aun sin llegar el engaño á esta cuantía, se probase que habia mala fé y dolo.

El Código francés y el Proyecto del nuestro no admiten esta causa, pero prescindiendo de los motivos que aconsejen esta supresion recordaremos que terminantemente la establecen las leyes 2.ª y 3.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

7.ª Finalmente; las que provienen de contratos á los que acompaña pacto resolutorio, como sucede en la compra-venta, con el de la ley comisoria, el de la adicion *in diem* y el de retroventa (Leyes 38, 40 y 42, Part. V).

### Artículo 3.º

#### *Efectos de la nulidad ó rescision de un contrato.*

Declarada nula ó rescindida la obligacion principal se anulan ó rescinden todas sus accesorias, pero no al revés: *Cum principalis causa non consistit, nec ea quidem, quæ sequuntur locum habent* (129 y 178 de *Reg. jur.*). *Ca despues que la vendida ó la compra*

*que es la principal non vale, non deben valer las otras cosas que fuesen puestas por razon della* (Ley 56, tít. V, Part. V).

En su consecuencia deben restituirse los contrayentes el uno las cosas que fueron materia del contrato con sus frutos; y el otro el precio con sus intereses y réditos.

La ley 10, § 22, tít. VIII, lib XLII. Dig., hablando de la restitucion de las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores dice: *Ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset, propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur liberatione non facta, prestandum erit: dum usuræ non præstentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt; aut si talis contractus fuit, in quo usuræ deberi poterunt etiam non deductæ.*

Lo cual es lógico, puesto que se finge que la cosa nunca salió de los bienes del deudor: *Eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse* (§ 6.°, tít. VI, lib. IV, Int.).

La restitucion *in integrum* segun la ley 24, § 4.°, tít. IV, libro IV, Dig.: *Ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.*

La 28, § 6.°, tít. VI, dich. lib. dice: *In actione rescissoria, quæ adversum militem competit, æquissimum esse Pomponius ait, ejus quoque temporis, quo absens defensus non est, fructus eum præstare. Ergo et militi debebunt restitui: utrinque actio erit.*

El remedio debe ser igual, por lo que si uno adquiere la cosa con sus frutos, el otro debe recibir el precio con los intereses; de esa manera interpreta la ley Godofredo: *Ut sit eadem æquitatis utrinque ratio: Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet ita nec in lucro.*

A ejemplo de estas disposiciones la ley 8.ª, tít. XIX, Partida VI, preceptúa que el *juez debe tornar la cosa en el estado en que era en ante, de manera que cada una de las partes, haya en salvo su derecho, así como lo habia primeramente.*

En cuya conformidad añade la 2.ª, tít. XXV, Part. III: *quando la restitucion otorgaren al menor esa misma deben facer é otorgar á su contendor, é tornar el pleito en aquel estado en que antes era:* ley que está de acuerdo con la 24, § 4.°,

Dig. de *Min.*: *Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat prætor, emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere.*

La obligacion de devolver la cosa alcanza aun al tercero que la adquirió, sin lo cual serian inútiles en muchos casos las leyes que mandan que el juez haya de tornar las cosas al estado que antes tenian. Mas esto debe entenderse con la limitacion del art. 38 de la Ley hipotecaria.

Pero como en todo contrato bilateral la obligacion es recíproca, el que no cumple con la suya no puede exigir el cumplimiento del otro contrayente..... *sed abjicere debuit Julianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quæcumque..... deberentur, dominus servi præstaret.....* (Ley 31, tít. I, lib. XII, Dig.).

Cuando la nulidad proceda por incapacidad de los contrayentes, la persona incapaz está obligada á la restitucion, solo en cuanto se enriqueció con la cosa ó su precio por la regla de derecho, 17, tít. XXXIV, Part. VII: *ninguno non debe enriquescer torticeramente con daño de otro:* y no en otro caso. La razon la dá Ulpiano en la ley 19, tít. XVII, lib. L, Dig.: *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* Presumiéndose que obró por malicia, pierde su derecho para reclamar, como en un caso especial hablando del pupilo, lo establece la 5.ª, tít. VIII, lib. XXVI, Dig.

Cuando proceda de causa ilícita que constituya delito, y fuere comun á ambos contrayentes la declaracion de nulidad, no produce el menor efecto, porque sobre carecer estos de toda accion para reclamarse mútuamente el cumplimiento de lo pactado, caen en comiso las dádivas y cuanto hubiera sido objeto del contrato á tenor de lo dispuesto en los arts. 63 y 404 del Código penal reformado, y antes en las leyes 51 y 52, título XIV, Part. V.

Si solo uno de los contrayentes fuere culpable, el inocente tiene derecho á reclamar lo que hubiese dado y no está obligado á cumplir lo que hubiese prometido, como declara la ley 47 de dicho título y Partida.

Lo mismo se observará cuando la causa del contrato, aun-

que ilícita ó torpe, no constituya delito, segun doctrina de los antiguos Códigos, compendiada por el nuevo Proyecto en el artículo 1193.

Tratándose de la nulidad de una obligacion no puede tener aplicacion la ley 2.ª, tít. I, lib. X, Nov. Rec., que refiriéndose á la rescision de los contratos, supone que hayan sido válidas las obligaciones (R. C. 1.° Diciembre 1863).

Debe entenderse limitada una demanda á la rescision de un convenio, aunque se alegue tambien su nulidad, cuando para otros efectos se da por supuesta la validez y legalidad del mismo (R. C. 14 Febrero 1860).

## § X.

### *Condicion resolutoria y sus efectos.*

Condicion resolutoria es aquella que en el momento de cumplirse, produce la rescision del contrato; restituyéndose las cosas al estado que tenian antes de su celebracion.

De la misma suerte que podemos contraer una obligacion á plazo ó hasta cierto término, podemos celebrarla espresando que solo dure hasta el cumplimiento de cierta condicion. Así sucederia si yo vendiese una finca estipulando que el dia que volviese de un viaje á América, se habia de rescindir la venta: verificada mi vuelta readquiriria mi finca y se habria deshecho el contrato.

Toda condicion, en cuanto no se oponga á la ley y á las buenas costumbres, es válida, segun la ley 38, tít. V, Part. V, cuya disposicion y alguna otra del mismo título ponen el ejemplo del pacto de la adicion *in diem*, el de la ley comisoria y el de la retroventa, condiciones resolutorias que pueden unirse al contrato de compra-venta.

Los contratos bilaterales llevan implícita la condicion resolutoria para el caso de que uno de los contrayentes no cumpla su obligacion, porque nadie desea y entiende obligarse si no en tanto que el otro contrayente, por su parte, cumpla lo pactado.

La rescision del contrato, efecto principal y necesario de esta condicion, produciria desigualdad entre los contrayentes, si no se prestasen las indemnizaciones que mútuamente se deben por los daños y perjuicios.

Véase lo que á este propósito declaran las leyes.

La restitucion debe hacerse juntamente con los frutos é intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de la obligacion..... *Otrosí decimos que si el comprador oviese recibido algunos frutos de la cosa que así oviese comprada, los debe tornar al vendedor: fueras si el que la vendió no quisiese tornar la señal ó parte de precio: ca estonce non debe aver los frutos. Pero si el vendedor quisiere los frutos, tenudo es de dar al comprador las despensas que oviese fechas en cogerlos. Otrosí si la vendida se desficiese, é la cosa fuere empeorada por culpa del comprador, demientra que él la tovo, es tenudo de mejorar al vendedor el empeoramiento* (Ley 38, tít. V, Part. V).

La obligacion de restituir los frutos cesa cuando el vendedor se negase á devolver las arras ó parte del precio recibido. Justa compensacion, como lo es la de que el comprador no entregue los frutos sin haber cobrado las impensas. Precepto repetido en la 40. *E es tenudo el comprador de tornarle la viña con los frutos que recibió de ella sacando primeramente las despensas*. En cuanto obliga al comprador á reparar las pérdidas y deterioros de la cosa, mientras la tuvo en su poder, la ley copia la 4.ª, tít. III, lib. XVIII, Dig.: *Itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris;* advirtiéndose que como abona los desperfectos, por igual razon tiene derecho á reclamar las mejoras provenientes de su industria ó trabajo. Las que provengan de la naturaleza ó del tiempo ceden en beneficio del acreedor, ó sea de aquel á quien ha de devolverse la cosa.

Si la rescision procede de haber faltado uno de los contrayentes á lo convenido en un contrato bilateral, puede exigir el perjudicado, ó el cumplimiento de la obligacion, siendo realizable, ó la resolucion del contrato juntamente con el resarcimiento de perjuicios. La ley 5.ª, tít. VI, sobre los contratos innominados termina con estas palabras: *cuando alguna de las*

*partes fizo lo que debia, puede demandar á la otra quel cumpla lo que le debia facer, é quel peche los daños, é los menoscabos que recibió por esta razon.* La 41, tít. XIV, hablando de la obligacion novada por un segundo contrato espresa: *si este á quien quitó el primer pleito non le cumple aquello que prometió en el segundo, en escogencia es del otro, de facerle cumplir lo que prometió á postremas ó de demandar quel cumpla el primero.*

Como no seria justo dejar al arbitrio del culpable la facultad de deshacer el contrato, conviene que la tenga el inocente para elegir el cumplimiento ó la resolucion, uno ú otro segun convenga mas á sus intereses.

Atendido el rigor de los principios, el lapso de tiempo deberia bastar sin necesidad de otra declaracion para que la condicion resolutoria surta sus efectos; pero la conveniencia y la justicia aconsejan otra cosa: los contrayentes por términos amistosos deben concluir sus cuestiones, y cuando no lo consigan, las deducirán ante los Tribunales á quienes principalmente incumbe poner en claro su ejecucion y decretar su remedio.

## § XI.

### *De la prescripcion.*

Abreviaremos este párrafo tratando la materia por remision al lib. III, cap. I, sec. 3.ª, donde examinamos la prescripcion bajo su doble aspecto.

Por regla general, el tiempo no estingue las obligaciones: los contrayentes se obligan á perpetuidad ellos y sus herederos, y no se libran de su compromiso hasta el cumplimiento de su obligacion; pero la prescripcion, como medio de estinguirse las obligaciones, descansa sobre la presuncion de que el acreedor que ha permanecido largo tiempo sin reclamar una deuda ha querido condonarla, ó ha recibido su pago, solo que se ha borrado la memoria.

Aunque por el antiguo derecho romano la prescripcion

constituia una especialidad en el sistema de los procedimientos mudó sucesivamente de carácter, viniendo á ser por las últimas reformas de Justiniano sinónima de escepcion.

Apoyando toda su eficacia en el trascurso de tiempo no se la exigen requisitos especiales, como necesita tenerlos la prescripcion para adquirir. La mayor ó menor duracion es la única diferencia reconocida por el derecho.

## § XII.

### *De la muerte de los contrayentes.*

Los créditos no se estinguen por muerte del acreedor. La máxima *mors omnia solvit* no tiene lugar en los contratos, por ser un principio de ellos, que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos. Nuestro derecho y todos convienen en este principio que consignó el primero el Derecho romano.

*Qui paciscitur sibi, hæredique suo pacisci intelligitur..... Todo ome que face pleito ó postura con otri, lo face tambien por sus herederos, como por sí; maguer ellos non sean nombrados en la postura* (Ley 11, tít. XIV, Part. III).

Las obligaciones válida y eficazmente contraidas tienen fuerza de ley para los contrayentes y sus herederos (R. C. 11 Noviembre 1864).

Por muerte del acreedor pasa su crédito á la persona de sus herederos que le suceden en sus derechos, y si no los tuviere, permanece en la sucesion vacante que bajo este respecto, *personæ vicem sustinet defuncti.*

El principio de que las obligaciones pasan á los herederos del deudor tiene lugar no solo en las que consisten en dar, sino tambien en las que consisten en hacer alguna cosa segun declaracion de Justiniano: *Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad hæredes et contra hæredes transmitti, sive specialis hæredum fiat mentio, sive non:.....* (Ley 13, libro VIII, tít. XXXVIII, Cód.).

Este principio sufre no obstante algunas escepciones.

1.ª Cuando se trata de un hecho personal del acreedor como seria, por ejemplo, si uno se hubiese obligado á acompañarme en los viajes.

2.ª Si terminantemente se esceptúa á los herederos no bastando para presumir su inclusion el que se cite ó repita la persona de los contrayentes, como si fuese su própósito limitar á ellos la obligacion: *Plerumque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est* (Ley 7, § 8, tít. XIV, lib. 2).

3.ª El crédito por reparacion de injurias, si muere el injuriante, antes de deducir el injuriado su demanda en juicio (Ley 13, Dig. de *Inj.*).

4.ª Las rentas vitalicias, aunque no el importe de las pensiones vencidas, etc.

Por muerte del deudor se extinguen las obligaciones personales del mismo; aunque si por falta de cumplimiento hubiera sido condenado á la indemnizacion, sus herederos son responsables á este pago.

## SECCION V.

### MODOS DE PROBAR LAS OBLIGACIONES.

Presentado con la posible exactitud el cuadro de las obligaciones, resta para completarle decir algo de su prueba. Podriamos, sin pecar de omisos, ahorrar ciertas investigaciones que tienen lugar mas adecuado en una obra de práctica. Pero al iniciar esta materia, tomando ejemplo del Proyecto de Código y de notables espositores, procuraremos hacerlo de modo que no pueda achacársenos que llevamos la hoz á mies ajena.

Es de tal importancia la teoría de las pruebas que de ellas depende en último término la estabilidad de las obligaciones, siendo cosa averiguada que la ciencia de enjuiciar tiene por primer encargo ordenar esta parte del procedimiento. Así se comprende el desarrollo que tuvo en Roma, pues el sistema

probatorio fué la rama de derecho en que mas lució el ingenio de sus sábios legisladores.

El Fuero Juzgo, exíguo en la parte de contratacion, se coloca á buena altura al ocuparse de las pruebas en el lib. II que trata de los juicios y de las causas.

Los fueros municipales anteriores á la publicacion de las Partidas son tan insuficientes en esto como en los contratos: no porque importase este silencio, pues la práctica habia venido á suplir sus disposiciones generalizando entre los antiguos castellanos la fé en el juramento, el testimonio y la publicidad. El Libro Viejo, sin embargo, dedica el tít. II, lib. III á tratar de las pruebas y de los plazos que el alcalde debe dar á las partes para probar sus intenciones.

El modelo en la materia habrian sido los dos primeros libros del Fuero Real y la mayor parte de las leyes del Estilo, si hubieran cerrado la série de las reformas legislativas de su época.

Pero despues vino el Código Alfonsino, y la rica, la exuberante doctrina de la Part. III, trasformó el derecho existente sin que las disposiciones posteriores, el famoso Ordenamiento de Alcalá y la moderna Ley de Enjuiciamiento civil, hayan hecho otra cosa que moderar su fastuosidad científica, apagar el color un tanto subido de la cultura romana.

## § 1.°

## *De la prueba.*

### Artículo 1.°

### *Definicion de la prueba y sus clases.*

Ley 1.ª, tít. XIV, Part. III.—*Prueba es averiguamiento que se face en juicio, en razon de alguna cosa que es dudosa.....*

Define la ley la prueba: la averiguacion que se hace en juicio de alguna cosa dudosa: *rei dubiæ in judicio verificatio.*

Los prácticos la dividen en prueba plena y semi-plena: plena la que acredita la existencia de una cosa de un modo tan

claro y evidente que no deja al juez motivo de duda sobre su certeza: y semi-plena la que si bien produce algun convencimiento en su ánimo, no es tal que baste para alejar todo género de duda ó para inclinarle decididamente á condenar al demandado ó al reo.

Como la anterior division no obedece á un principio filosófico, la ciencia no la recomienda, y si la vemos empleada en obras modernas es, como dicen sus autores, por seguir el lenguaje de los antiguos que se valieron de esta nomenclatura.

Otra division se hace en prueba legal, moral y mista: la primera es la que toma de la ley su fuerza probatoria sin que en su valor tenga la menor parte el criterio judicial: la segunda es de la esclusiva apreciacion del juez, y recibe este nombre porque solo se funda en su racional convencimiento; y mista la que, no obstante hallarse establecida por la ley, admite por complemento la prudente discrecion del juez.

No decimos de esta division lo mismo que de la precedente, pues en el sentido de cada uno de sus términos, se encierra el fondo de todo un sistema procesal.

Una regla de jurisprudencia establece que los Tribunales no son árbitros de calificar de plena prueba la que no reconocen las leyes como tal, ni deben formar su criterio judicial fuera de las reglas establecidas por derecho, y que tampoco pueden hacer uso de conjeturas que conducirian á una grave perturbacion social, con escepcion de lo que respecto á la prueba plena dispone hablando de la testifical el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento.

### Artículo 2.°

*¿A quién incumbe la prueba?*

*Naturalmente pertenece la prueba al demandador, cuando la otra parte negare la demanda, ó la cosa, ó el fecho, sobre la pregunta que le face. Ca si non lo probase, deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fué probada contra el: é non es tenuda la parte de probar lo que niega, porque non lo po-*

*dria facer bien, así como la cosa que non se puede mostrar.....* (Dicha ley).

La prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento. Este precepto sancionado por repetidas sentencias del Tribunal Supremo de justicia guarda analogía con la ley 1.ª, tít. XIX, lib. IV, C.: *Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem prestàre debet.*

Aunque la citada ley establece como principio que la prueba incumbe al demandante siempre que el demandado negase la cosa ó el fecho sobre que versa la demanda, esta disposicion debe ponerse en armonía con la segunda que designa los casos en que escepcionando el demandado tiene que probar lo que afirma (R. C. 13 Junio 1865 y otras).

Ley 2.ª—*Pero cosas señaladas son en que la parte que las nieya, es tenudo de dar la prueba sobre ellas.....*

La prueba incumbe al reo cuando su negativa ó escepcion se funde en una afirmativa: *ei incumbit probare qui dicit, non qui negat. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere* (Leyes 2.ª y 19, tít. III, lib. XXII, Dig.).

Aquí tiene orígen la teoría desenvuelta por los prácticos sobre negativas de derecho, de cualidad y de hecho.

Está incluida la afirmativa en la negativa de derecho, cuando consistiendo esta en negar que alguna persona carece de aptitud legal para cierto oficio, se supone la existencia de la causa personal que debe probar el que la alega. [1]*Esto seria cuando alguno razonaba, é dice en juicio contra su contendor que non puede ser abogado, ó contra alguno que aduce por testigo que non lo puede ser; ó razona contra aquel que los oye que non debe ser su juez, porque la ley ó el derecho lo defiende. Ca sobre tales niegos ú otros semejantes tenuda es la parte que razona de lo probar, mostrando la ley ó el derecho que vieda que non pueda ser abogado, etc. Otrosi el fecho ó la razon porque non lo puede ser..... porque tal niego non ha en sí de todo en todo natura de negamiento, mas encubrenlo con el fecho que dicen que fizo el que non puede ser abogado*, etc.

Viene envuelta la afirmativa en la negativa de cualidad, cuando consistiendo esta en negar á uno cierta cualidad personal que se atribuye, debe el que la niega probar el defecto ó el vicio que la produce: '*Esto seria cuando alguno demanda herencia ó manda que otro le oviese dejado en testamento, é mostrase carta que fuese valedera, é la otra parte respondiese que non debe ser y cabida, porque el testador á la sazon que la mando facer, non era en su memoria: ca tenudo es de lo probar, maguer ponga su razon en manera de niego, porque los sábios antiguos sospecharon que todo ome es cuerdo é en su memoria, fasta que se pruebe lo contrario.,...*

Otro ejemplo es cuando á la muerte del marido negare la mujer que las cosas y efectos de la casa, fuesen del difunto: la mujer tendria que probarlo; pues el derecho disponia lo contrario, por *ser mas guisada razon de sospechar que poner en dubda en los corazones de los omes que ella los oviese ganado de mala parte.....*

La negativa de hecho, que consiste en negar la afirmacion del demandante, es improbable por su naturaleza, fuera del caso espuesto de envolver otra afirmacion, ó cuando esté limitada por las circunstancias de tiempo y lugar, que es lo que los prácticos llaman prueba coartada, y consiste en probar que en el dia en que se supone celebrado el contrato ó cometido el hecho, no lo pudo hacer por haberse hallado en un punto distante..... *Si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is, qui dicit sese vel adversarium abfuisse, liquidis, ac manifestissimis probationibus, et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos, et omni exceptione majores ostenderit, sese, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse* (Ley 14, tít. XXXVIII, lib. VIII, Cód.).

En estos y en otros muchos casos que citan las leyes romanas y las de Partidas, solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa.

En toda prueba hay que distinguir dos cosas: el hecho principal y el medio probatorio; el primero es aquel cuya exis-

tencia ó no existencia se trata de probar, y el segundo que se emplea para probar el hecho principal.

Los medios de prueba, reconocidos por el art. 279 de la Ley de Enjuiciamiento civil, son los siguientes: 1.° Documentos públicos y solemnes: 2.° Documentos privados: 3.° Correspondencia: 4.° Confesion judicial: 5.° Juicio de peritos: 6.° Reconocimiento judicial: 7.° Testigos.

A esta numeracion añadia la ley de Partida las presunciones ó conjeturas y la fama pública; pero estos, mas bien que medios de prueba, son inducciones nacidas de los mismos medios justificativos. Conviene además tener presente que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado por repetidas sentencias que las disposiciones de la ley 8.ª, tít. XIV, Part. III, que determinan las diferentes maneras de pruebas, se hallan sustituidas por las que respecto á esta materia contiene la Ley del Enjuiciamiento civil (S. de 1.° Diciembre 1865 y otras).

## § II.

## *Prueba instrumental.*

### Artículo 1.°

### *Instrumentos y sus especies.*

La palabra instrumento en sentido lato denota todo lo que sirve en juicio para la instruccion de una causa ó conduce para la averiguacion de la verdad. La ley 1.ª, tít. IV, lib. XXII, Dig., llama instrumentos hasta las declaraciones y los dichos de los testigos: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideó tam testimonia, quam personæ instrumentorum loco habentur.*

En sentido estricto solo comprende los documentos ó escritos con que se justifica ó prueba alguna cosa: es el que tiene en la ley 4.ª de dicho libro y título: *Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eas, facilius probari possit.*

Los instrumentos son públicos y solemnes y privados.

Públicos son los instrumentos autorizados por un oficial ó empleado público con las solemnidades requeridas por la ley.

Bajo esta denominacion comprende la de Enjuiciamiento: 1.° Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho: 2.° Los documentos espedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones: 3.° Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente: 4.° Las partidas de bautismo, de matrimonio y defunciones dadas con arreglo á los libros por los párrocos ó por los que tengan á su cargo el registro civil: 5.° Las actuaciones judiciales de toda especie.

Documentos privados son los que no están autorizados en forma por escribano ó funcionario público en virtud de facultades para ello.

Bajo esta denominacion se comprenden: 1.° Los vales ó pagarés, que son aquellos escritos en que el deudor confiesa haber recibido del acreedor alguna cantidad por razon de préstamo ú otro cualquier título, y se obliga á devolverla con el rédito ó interés que se haya estipulado, ó á entregar la cantidad que hubiere prometido: documentos conocidos entre los autores del derecho con el nombre de *antapoca*: 2.° Los recibos ó resguardos llamados *apocas* por los mismos escritores, que son aquellos documentos que dan los acreedores á los deudores en que confiesan haber recibido de estos la cantidad que les debian: 3.° Los papeles denominados *singrafa* ó escritos de convenio firmados solo por los contrayentes: 4.° Los libros de cuentas ó en que alguno sienta lo que da y recibe, como tambien los inventarios ó cuadernos en que privadamente se anotan los bienes que pertenecen á alguno ó que tiene á su cuidado: 5.° La correspondencia epistolar por la que se comunica á los ausentes alguna idea, propuesta ó resolucion sobre los asuntos á que se refieren: 6.° Los documentos mercantiles.

ARTÍCULO 2.°

*Formalidades de las escrituras públicas.*

Entre los instrumentos públicos y solemnes ocupan el primer lugar las escrituras públicas, que sirven no solamente para autorizar y perpetuar la memoria de los contratos y transacciones, sino de los testamentos y últimas voluntades.

La legislacion escrituraria ha sido vasta y complicada segun puede observarse consultando sus fuentes: el tít. XVIII y XIX de la Part. III; el XVI y XXIII del lib. X de la Nov. Rec.; pero se ha simplificado con la publicacion de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, y reglamento para su ejecucion de 30 de Diciembre del propio año, cuyas disposiciones, el Real decreto de 28 de Diciembre de 1866, etc., y varias Reales órdenes y circulares forman el derecho constituido vigente.

Las solemnidades de estos documentos son intrínsecas y estrínsecas ó de forma, y se refieren unas á las personas de los contrayentes, otras á la persona del funcionario que los autoriza, otras al fondo del negocio, otras á la forma y aun el papel en que ha de hacerse la redaccion.

Los contrayentes deben tener la edad y capacidad necesarias para obligarse y disponer de sus bienes.

Ha de otorgarse ante notario que es el funcionario público único en su clase autorizado para dar fé conforme á las leyes de los contratos y demás actos estrajudiciales (Art. 1.° de la ley). Cada partido judicial constituye distrito de Notariado dentro del cual hay las Notarías necesarias para el servicio público: todas las Notarías de cada partido judicial forman distrito de Notariado y los distritos de Notariado constituyen respectivamente demarcacion del Colegio notarial de cada una de las Audiencias territoriales del Reino (Art. 3.°, L., y 2.° y 3.°, R.).

La residencia habitual de los notarios es el punto designado en la creacion de su respectivo oficio (Art. 7.°). Pero todos podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su Notaría, reputándose para el efecto de este ar-

tículo como un solo partido judicial las poblaciones en que hubiere mas de un Juzgado de primera instancia (Art. 8.°): lo cual, sin embargo, debe entenderse con la limitacion del § 2.° del art. 9.° del Real decreto de 28 de Diciembre de 1866. Cada notario forma protocolo, del que se encargará en ausencia, muerte, etc. del notario el designado para sustituirle en el tiempo de la creacion de las Notarías: los notarios se sustituyen en los distritos judiciales en ausencias y enfermedades ó incompatibilidad del notario por tener interés ó parentesco, y cuando esto no sea posible, el juez, hasta la resolucion definitiva del Gobierno, habilitará sustituto accidental de entre los notarios mas inmediatos (6).

El objeto sobre que se celebre ha de ser lícito y honesto: con este requisito la ley previene que ningun notario pueda autorizar contratos que contengan disposiciones á su favor bajo pena de nulidad del instrumento, ó en el que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil, ó segundo de afinidad (22 y 27, núm. 1).

Los notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan, y se les dé al espedirles los títulos de ejercicio: no podrán variar en lo sucesivo sin real autorizacion la rúbrica ni el signo, á cuyo fin hay un libro en la Audiencia donde ponen firma, rúbrica y signo despues de haber jurado su plaza (19, L.). A ningun notario se concede autorizacion para signar ni firmar con estampilla: si alguno lo verifica hoy por ley ó costumbre autorizada, podrá continuar haciéndolo, mientras dure su encargo (70, R.).

Los notarios darán fé en los instrumentos públicos de que conocen á las partes, ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dichò de los testigos instrumentales ó de otros dos que las conozcan y que se llamarán por tanto testigos de conocimiento. Tambien darán fé de la vecindad y profesion de los otorgantes. En los casos graves y estraordinarios en que no sea posible consignar estas circunstancias, espresará cuanto sobre ello les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos

instrumentales y de conocimiento (23, L.), designando los documentos que presentaren como prueba de su nombre, estado, vecindad y procedencia, y refiriendo el motivo del llamado caso grave y estraordinario (78, R.).

No podrán autorizar los notarios ningun instrumento público *inter vivos* sin la presencia de dos ó mas testigos (20). Para el cumplimiento de este artículo se entiende por instrumento público *inter vivos*, todo el que se otorgue sin consideracion ni relacion á la muerte del otorgante (74, R.). Uno, cuando menos, de los testigos necesarios para los instrumentos públicos *inter vivos*, deberá saber leer y escribir si no supiesen los otorgantes; cuando los otorgantes sabian firmar no era necesario que firmasen los testigos, ni que uno de ellos supiera hacerlo; pero por una disposicion reciente se ha declarado para uniformar la práctica que firmen los testigos todos los instrumentos. Cuando concurran además testigos de conocimiento, uno cuando menos, deberá saber firmar, y firmará (75, R.).

Por regla general los testigos instrumentales son testigos de conocimiento, y estos últimos no serán llamados sino cuando ni el notario ni los primeros conozcan á las partes. Si solo las conociere el notario, tampoco serán necesarios, espresándolo este. Si solo las conociere uno de los testigos instrumentales, bastará que concurra uno de los de conocimiento, aunque no sepa firmar. El notario deberá conocer personalmente á todo testigo de conocimiento (77).

No podrán ser testigos en los instrumentos públicos los parientes, escribientes ó criados del notario autorizante. Tampoco podrán serlo los parientes de las partes interesadas en los instrumentos ni los del notario, unos y otros dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad (21), todo esto bajo pena de nulidad (27, 2.°). Sin embargo, los impedimentos que para ser testigo establecen estos artículos, solo se refieren á los amanuenses ó escribientes estén ó no retribuidos y á los criados, no á los pasantes y alumnos que concurran al estudio del notario con tal que no estén retribuidos (79).

Los otorgantes pueden oponerse á que determinadas personas sean testigos del instrumento á no ser que lo otorguen en virtud de ley ó mandamiento judicial (80). La presencia de los testigos se requiere para la lectura, consentimiento y firma que tendrán lugar en un solo acto (81). Las personas hábiles para ser testigos de los instrumentos públicos ejercen, siéndolo, un acto honorífico y meritorio. En casos de necesidad y á instancia del notario, las autoridades locales deberán gubernativamente compeler á alguno ó algunos vecinos á que acudan para ser testigos de un instrumento público (82).

En todo instrumento público consignará el notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos y el lugar, año y dia de otorgamiento (24).

Los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana y se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos. Tampoco podrán usarse en ellos guarismos en la espresion de fechas ó cantidades. Los notarios darán fé de haber leido á las partes y á los testigos instrumentales la escritura íntegra ó de haberles permitido que la lean á su eleccion, antes de que la firmen, y á los de conocimiento lo que á ellos se refiere, y de haber advertido á unos y otros que tienen el derecho de leerla por sí (25). El estilo de dichas escrituras ha de ser claro, puro, preciso, sin frase oscura, ó susceptible de ambigüedad. Cuando se hubiese de insertar documento, párrafo ó frase de otro idioma ó dialecto, se estenderá inmediatamente su traduccion ó se esplicará el sentido de la frase. Los notarios esplicarán en su dialecto particular á los otorgantes y testigos la escritura estendida en castellano, si alguno ignorase este idioma (71, R.). Las abreviaturas y blancos no se refieren á las iniciales ó frases reconocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor, espresiones de cortesía, etc., ni se reputarán blancos los espacios que resultan á fin de línea cuando la empiece formando cláusula; pero en este último caso dederá cubrirse el blanco con una raya de la misma tinta que se use para estender el documento (72). Serán nulas las adiciones apostillas, entrerenglonaduras, raspaduras y testados en las

escrituras matrices, siempre que no se salven al fin de estas con aprobacion espresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento (26). No es preciso que el notario esprese que da fé en cada cláusula escrituraria, de la estipulacion que contenga ni de las condiciones ó circunstancias legales de las personas á quienes se refiere; bastará que consigne una vez en cada instrumento público, que da fé de todo lo contenido en el mismo (83, R.). La fé del conocimiento de la profesion y vecindad de los otorgantes con arreglo al § 2.° del art. 23, bastará que sea con relacion al dicho de los mismos otorgantes (84). El notario cuando no establezca mas que obligaciones propias puede ser tambien otorgante con la antefirma por mí y ante mí, y en igual caso autorizar las obligaciones de sus parientes (85).

Las anteriores formalidades son comunes á todos los instrumentos públicos: la instruccion de 12 de Junio de 1861 dicta otras especiales para los que están sujetos á registro.

### Artículo 3.°

*Protocolo y copias de un instrumento público.*

Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato ó acto sometido á su autorizacion firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales ó de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario.

Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho á obtener por vez primera cada uno de los otorgantes.

Se entiende por protocolo la coleccion ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año y se formalizará en uno ó mas tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso (Art. 17).

Se entienden por escritura pública, además de la escritura

matriz, las copias espedidas con las formalidades de derecho (Art. 88, R.).

No podrán espedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz sino en virtud de mandato judicial y con citacion de los interesados ó del promotor fiscal cuando se ignoren estos ó estén ausentes del pueblo en que está la Notaría. Será innecesaria dicha citacion en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados (18).

Las escrituras públicas contendrán precisamente la citacion del protocolo y número que en él tenga la matriz con que concuerden y deberán espedirse signadas, firmadas y rubricadas en el papel sellado y con las demás formalidades de derecho (89). Se espedirán siempre espresando el carácter de tales y pueden espedirse dos ó mas copias, aunque cada interesado no podrá reclamar mas que una (90). Al espedirse cualquier primera copia, el notario anotará al márgen de la escritura matriz y bajo su firma la persona ó personas para quien la espide, fecha de espedicion, clase de papel, espresando tambien todas estas circunstancias en la cláusula de suscricion con que se cierre la escritura pública (91). Además de los otorgantes tienen derecho á obtener primera copia las personas que en ella funden el suyo, como el prestamista en la escritura de préstamo, aunque no es otorgante; el solvente aunque no otorga la escritura de pago, y otros semejantes (92). La práctica en Madrid es, siempre que el prestamista y el solvente se hallan en la poblacion, hacerlos figurar como otorgantes; solo cuando estén ausentes, para evitar gastos se pone por otorgante al que recibe el dinero. La persona de quien constase en el protocolo haber obtenido su primera copia no podrá obtener otra sin las formalidades señaladas para su espedicion. Cada una de las segundas copias llevará las que corresponden á la primera, espresando tambien en la autorizacion ó concuerda ser segunda copia, el número de la vez con que se espide, para qué personas, fecha de la espedicion del mandato judicial y clase de papel (93).

Solo el notario á cuyo cargo esté legalmente el protocolo

podrá dar copias de él (31, L.). Entendiéndose que está el protocolo legalmente: 1.° En poder del notario que ejerce la Notaría: 2.° En poder del notario encargado de la misma en caso de vacante ó de ausencia ó imposibilidad del propietario: 3.° En poder del archivero, cuando existan los archivos que establece el art. 37 de la ley. Ni de oficio, ni á instancia de parte interesada decretarán los Tribunales que los escribanos puramente actuarios estiendan por diligencia copia de escrituras matrices sino que la exigirán del notario que debe darlas (95, R.).

*Protocolos.* Cada protocolo comprenderá las escrituras matrices de cada año, contando desde 1.° de Enero á 31 de Diciembre, ambos inclusive, aunque en su trascurso haya vacado la Notaría y se haya nombrado nuevo notario (52, R.). Todas las escrituras matrices llevarán el número que las corresponda, escrito en letra por órden de fechas (53), y lo mismo las hojas del protocolo (54). Este se formará y conservará con los requisitos prevenidos en los arts. 57 á 67 inclusive.

Ni la escritura matriz ni el libro protocolo podrán ser estraidos del edificio en que se custodien, ni aun por decreto judicial ú órden superior, salvo para su traslacion al archivo correspondiente y en los casos de fuerza mayor. Podrá, sin embargo, ser desglosada del protocolo la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios ó méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito, precediendo al efecto providencia del Juzgado que conozca de él, y dejando en todo caso testimonio literal con intervencion del ministerio fiscal. Tampoco permitirán sacar ningun otro documento puesto bajo su custodia, ni examinarlo en todo ó parte, no procediendo mandamiento judicial, sino á las partes interesadas con derecho adquirido, sus herederos ó causa-habientes..... (32, L.).

*Legalizacion.* Las escrituras autorizadas por notario harán fé en la provincia en que resida. Para hacerla en las demás provincias deberá ser legalizada la firma del notario autorizante por otros dos notarios del mismo partido judicial, ó por el V.° B.° del juez de primera instancia que pondrá el sello del Juzgado (30, L.). Para el cumplimiento de este artículo se

entiende por provincia el partido jurisdiccional de la Audiencia, ó lo que es lo mismo el territorio del Colegio notarial donde son conocidos el signo, firma y rúbrica del notario autorizante (94, R.). Cuando no existan en el distrito dos notarios que legalicen, legalizará el juez de primera instancia con su V.° B.° y el sello del Juzgado, añadiendo el del Colegio, segun el art. 98, y colocándolo en este caso el notario autorizante al lado de su firma (98). Los notarios, individuos de la Junta directiva de cada Colegio notarial, podrán, mientras lo sean, legalizar el signo, firma y rúbrica de cada uno de los notarios del territorio. Ningun notario puede negarse á legalizar sin esponer justa causa; pero si prudentemente dudare del signo y firma, podrá diferir su legalizacion por tres dias á fin de desvanecer sus dudas. Si no lo consiguiere podrá negarse, oficiando al juez y al decano del Colegio (100).

Se entiende por legalizacion el testimonio estendido á continuacion de un instrumento fechado, signado, firmado y rubricado por dos notarios, dando fé de que el notario autorizante usa signo, firma y rúbrica iguales á las contenidas, que son al parecer de su propio puño y que se hallaba en ejercicio á la fecha del instrumento, sin que les conste nada en contrario (96). Los notarios no exigirán derechos por las legalizaciones; pero estas llevarán sobrepuesto un ejemplar impreso del sello del Colegio, por el que abonarán los interesados doce reales. El primer notario legalizante sobrepondrá este sello, remitiendo al Colegio los fondos (97).

Por el art. 2.°, circular de 28 de marzo de 1863, se manda que los notarios se atemperen en la legalizacion de documentos á lo que prescribe la circular de 10 de Febrero último, dictada por la Direccion.

### Artículo 4.°

*Fuerza probatoria de los instrumentos públicos.*

La escritura pública hace plena fé de la obligacion com-

prendida en ella entre las partes contratantes y sus herederos ó causa-habientes.

*Toda carta fecha por escribano público en que haya escritos los nombres de dos testigos á lo menos, é el dia, é el mes, é la era é el lugar en que fué fecha, vale para probar lo que en ella digere* (Ley 114, tít. XVIII, Part. III.—S. 18 Marzo 1865).

*Todo ome que face pleito ó postura con otri, lo face tambien por sus herederos..... y que los herederos de aquel que finase fincan obligados* (11, tít. XIV, Part. III; 14, tít. XI, Part. V).

Las leyes del tít. XVIII, Part. III, consignan las fórmulas y condiciones que deben tener las escrituras de toda clase de contratos para que sean valederas y constituyan prueba judicial (S. 11 Enero 1865.—Siendo nula de derecho una escritura por ser contraria á lo establecido por la ley, no es obligatoria (S. 13 Febrero 1863).

Dicha prueba debe entenderse limitada á lo que los contrayentes tienen á la vista y constituye el objeto del acto.

Las enunciativas solo hacen fé en cuanto tengan relacion con el objeto principal. Ejemplo: Pedro me reconoce por un instrumento en que intervengo, que tal finca suya me debe un censo de tanto rédito anual, advirtiendo que los vencidos hasta el dia están pagados, y en consecuencia se obliga á continuar pagándome los sucesivos. Los términos «que los vencidos hasta el dia están pagados» son enunciativos; mas á pesar de esto, y de que no esprese que yo los he recibido, prueban el pago contra mí que soy parte en el instrumento, porque tienen relacion directa con lo en él dispuesto, y al otorgarse debió tratarse de lo que se debia por atrasos.

Las enunciativas estrañas al acto no pueden servir mas que de un principio de prueba por escrito.

Ejemplo: Pedro me vende una finca que dice haber heredado de Pablo. Si uno de los herederos parciales de este pretende reivindicar su parte respectiva en la finca, no podrá fundar su demanda en la sola enunciacion que Pedro hizo en el instrumento de haberla heredado de Pablo, aunque no fuese parte en él: la enunciacion es estraña á lo dispositivo del ins-

trumento, y yo no tenia entonces interés en oponerme á ella.

La escritura pública hace fé contra un tercero, únicamente en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y á su fecha: el notario está investido de la fé pública, y debe ser creido sobre el hecho material del contrato, sobre su fecha y sobre la declaracion de las partes al celebrarlo; es decir, sobre aquello de que da fé haber visto y oido: *de visu et auditu suis sensibus*, no en lo demás; por eso tampoco le aprovecharia lo favorable: *res inter alios acta neque nocet, neque prodest* (Ley 10, tít. II, lib. XII, Dig.: 1.ª, tít. LX, lib. VII, C.).

No prueba en lo enunciativo como si el vendedor dijera que la finca que vende tiene el derecho de cierta servidumbre en una de un tercero.

Pothier señala una escepcion á esta regla: las enunciativas, dice, de instrumentos auténticos sostenidas por una larga posesion, prueban en cuanto á las cosas antiguas por ser máxima generalmente recibida respecto de instrumentos auténticos: *in antiquis enunciativa probant.*

Ejemplo: Las servidumbres contínuas no aparentes solo pueden constituirse á virtud de un título. Sin embargo, si mi casa ha gozado por largo tiempo del derecho de vistas sobre otra vecina, y en los contratos antiguos de adquisicion verificados por mis antecesores, se anuncia el indicado derecho, estas enunciativas sostenidas por mi posesion lo probarán contra el propietario de la casa vecina, á pesar de ser tercero y aunque sus autores no hayan sido parte en tales contratos.

Goyena rechaza esta doctrina, pues sobre no ser de ley, es peligrosa y de difícil aplicacion; en un caso la admite, siguiendo el ejemplo del mismo Pothier, pero solo refiriéndose á la presuncion de haberse cumplido en la copia de ciertos documentos algunas solemnidades esternas: la enunciacion, dice, que se haga en las copias del mandamiento judicial y de haber sido citadas las partes para verlas sacar no basta, si son recientes: si las copias son antiguas (y tiene por tales las de diez años) la sola enunciativa hará prueba *ad præsumendam solemnitatem* por la citada regla: *in antiquis enunciativa probant.*

Finalmente, la escritura pública no hace fé de lo moral del contrato; puede encubrir una simulacion, haber habido falsedad en los contrayentes, y de eso no responde el notario: aquel á quien interese tiene la facultad de redargüirle de falso civil y hasta criminalmente. La falsedad criminal de un instrumento es su falta de verdad: la civil su falta de solemnidad y eficacia legal.

El derecho romano concede este remedio contra un instrumento falso en las leyes 24, tít. XIX; 2.ª y 21, tít. XXI, lib. IV del Código, y el de Partidas hace á su vez importantes declaraciones. Si se redarguye de falsa una escritura asegurando aquel contra quien es presentada, que no debe valer ni ser creida por haberse hallado él en la fecha del otorgamiento á mucha distancia de donde se supone otorgada, no tiene validez alguna, si en efecto justifica este hecho por medio de otro documento que presente, ó por cuatro testigos á lo menos..... *Si pudiese probar por otra carta pública en que se el oviese acertado, é fuese escrito por testigo en pleito, ó en postura que oviese fecho con otro, ó otro con él en aquel otro lugar, en aquel dia que él razonaba, ó lo pudiese probar por cuatro omes buenos é leales; le debe valer, é non debe ser creida la carta que mostraban contra él.....* (117).

La ley 115 al tratar de las escrituras públicas que deben ser valederas, prescribe que cuando el escribano autorizante sostiene la verdad del otorgamiento y los testigos instrumentales lo contradicen, negando haberlo sido del acto á que la citada escritura se refiere, si el escribano es de buena fama, y el documento conviene con sus notas, sea dicho funcionario creido y no los testigos: y puesto que el instrumento es válido con las condiciones indicadas, aun cuando los testigos instrumentales contradigan el aserto del escribano con mayoría de razon, debe serlo cuando declaren acordes con él (R. C. 8 Noviembre 1860).

Si el escribano público, por quien aparece autorizado el instrumento, manifiesta bajo juramento que no ha sido otorgado por él, *debe ser creido, é la carta desechada por falsa, non*

*probando la parte lo contrario*. Si afirma ser verdad su otorgamiento, y los testigos presenciales lo niegan, en este caso, siendo el escribano de buena fama, y estando la redaccion del registro ó protocolo conforme con la escritura presentada, debe valer esta, y ser creido el escribano y no los testigos. *Esto es porque muchas veces acontece que los omes son testigos de pleitos de que no se acuerdan despues*. Si el escribano no goza de buen concepto y estos fuesen hombres honrados, siendo además reciente la fecha en que aparece otorgado el documento, *estonce acordándose todos los testigos de la carta en uno, deben ellos ser creidos, é non el escribano* (Ley 115).

Si el litigante niega que el instrumento está autorizado por el escribano que aparece haberlo firmado, porque el signo, firma y letra no son semejantes á los suyos, y aquel contesta que lo autorizó, debe el documento ser creido, pero si lo niega, no hace fé en juicio. *A las vegadas face desemejar las letras, los variamientos de los tiempos en que son fechas, ó el mudamiento de la tinta ó de la peñola. Otrosí se podria desemejar la forma de la letra por enfermedad ó por vejez del escribano. Ca de una manera escribe ome cuando es mancebo é sano, é de otra, cuando es viejo é enfermo* (Ley 118).

Si el escribano hubiese muerto ó estuviese ausente á mucha distancia, se deben nombrar peritos é inteligentes en letras que cotegen la del documento y su firma y signo con otros indubitados, *é entonces es en albedrío del juzgador de desecharla, ó otorgar que vala, si quisiese: ca tal prueba como esta no es acabada*.

Con arreglo á lo dispuesto en la ley 111, tít. XVIII, Partida III, *cuando alguna de las partes aduce en juicio dos cartas que contradiga la una á la otra en un mismo fecho, non debe valer ninguna de ellas, porque en su poder era de aquel que las mostró, demostrar la que ayudaba á su fecho, é non la otra* (S. 21 Abril 1865).

### Artículo 5.°

*Fuerza probatoria de los documentos privados.*

El instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone, hace fé en juicio contra el que lo suscribió, sus herederos y causa-habientes. Mas no debe perjudicar á un tercero que ninguna intervencion tuvo en el mismo (S. 24 Marzo 1865).

*Si alguna de las partes adujese carta en juicio que fuese fecha por mano de aquel contra quien face la demanda, ó de otro que la oviese fecha por su mandado..... si la parte contra quien aducen tal carta la otorgare, debe valer; bien así como si fuese fecha por mano del Escribano público* (Ley 119, tít. XVIII, Part. III).

La persona á quien se oponga en juicio un documento suscrito por él, está obligada á declarar si la firma es suya ó no: *si el que quiere aprovechar de la carta* dice *que quiere estar en esta razon por su jura, es tenuda la parte de jurar si la fizo ó la mandó facer, ó non* (dicha ley).

Esta prueba no procede contra los herederos ó causa-habientes del heredero, los cuales podrán limitarse á declarar si conocen que es ó no de su causante la firma de la obligacion.

En defecto de reconocimiento, ó por la negativa de aquel, se hace uso de otros medios. La ley 114 admite la prueba de testigos idóneos y fidedignos que bajo juramento y con citacion del mismo interesado, declaren que lo han visto firmar: *Lo mismo decimos de carta que non fuese fecha por escribano, que seyendo ella escrita por otro, é firmada con dos testigos escritos con sus manos, debe valer en vida de aquellos que escribieron y sus nomes; otorgando ellos que así fué fecho el pleito como dice la carta. Esto se entiende seyendo el pleito atal, que se pudiere probar con dos testigos.....*

La anterior ley al tratar de los documentos firmados por dos testigos y exigir que otorguen ellos que así fué fecho el

pleito como dice la carta, se refiere al caso en que el documento estuviese escrito por otro, y no al en que haya suscrito por el que contrae la obligacion (S. 9 Mayo 1863).

La 119 aunque habla del cotejo, no le admite, si no le acompaña prueba de testigos. *E si por aventura non le demandase esta jura, mas dijese que lo queria probar en esta manera; mostrando otra carta que es verdaderamente escrita por mano de aquel mismo, que es semejante en todo en la letra, en la forma de aquella que el muestra contra él; en tal caso non debe ser creido; fueras si pudiese probar por dos testigos buenos sin sospecha, que el otro fizo aquella carta, ó la mandó escribir*..... lo mismo seria si se presentaren dos cartas desemejantes.

.....*Et sancimus non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptiones, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ipsis hoc deponentibus, sive cunctis, sive omnimodo duobus ex his sine comparatione literarum testium procedente*..... (Ley 20, tit. XXI, lib. IV, Cód.).

Las leyes 114 y 119 (citadas) al exigir para la validez y eficacia en juicio de los documentos privados el reconocimiento de los mismos por la parte que los suscribió ó en su defecto la declaracion de los testigos presenciales, caso de aparecer en dichos documentos, no escluye la de otros que tengan conocimiento del hecho en cuestion, ni tampoco los demás medios de prueba que el derecho tiene reconocidos (S. 12 Mayo 1865).

La Ley de Enjuiciamiento civil admite el cotejo, pero establecidas ciertas reglas en los artículos 287 y siguientes sobre la práctica de esta diligencia en el 290 añade: que despues de oir á los peritos revisores de letras, debe el juez hacer por sí mismo la comprobacion, sin tener que sujetarse al dictámen de aquella sino formar su juicio con independencia y segun lo que advirtiese en vista del mismo documento dudoso, del indubitado y del parecer pericial.

El Tribunal Supremo ha sancionado por repetidas decisiones esta doctrina (S. 29 Setiembre 1866).

Debe, por último, tenerse en cuenta que si bien todo do-

cumento privado escrito por el mismo que en él se obliga con intervencion de testigos, tiene fuerza legal, esta no puede ser aplicable al caso en que el que lo firma resulte en él favorecido, ni tampoco escluye la prueba testifical contraria al hecho consignado.

La ley 31, tít. XIII, Part. V, que le concede esa fuerza probatoria, resuelve una cuestion de prelacion entre acreedores pignoraticios, mas no deroga las del tít. XVIII, Part. III, singularmente la CXIV que habla de *cartas que uno face por su mano ó la de otro, que sea contra sí mismo.*

La correspondencia epistolar constituye otra prueba instrumental de la que se ocupa la ley en los arts. 285 y siguientes.

Tambien los libros de comercio hacen prueba en las contestaciones judiciales que ocurran sobre asuntos mercantiles entre comerciantes con los requisitos ó en la forma que previene el art. 53 del Código de Comercio.

En cuanto á los registros y asientos domésticos de personas que no sean comerciantes, la doctrina es mas incierta. El derecho romano declaró: *Instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio ad probationem non sufficiunt. Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit* (Leyes 5.ª y 7.ª, tít. XIX, lib. IV, C.). La 6.ª declara lo mismo: *si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem, sibi deberi significaverit.*

Estas tres leyes refundidas forman la 121, tít. XVIII, Partida III. [1]*Escriben los omes en sus cuadernos por remembranza las cosas que les deben, é lo què ellos deben; é á las veces escriben verdad, é á las veces el contrario por olvidanza ó maliciosamente; por ende decimos que si fallaren en algun cuaderno de algun ome finado, que le debe dar ó facer otro alguna cosa; tal escritura non debe ser creida, nin face prueba; maguer paresciese buen ome aquel que lo ficiese escrebir, é oviese jurado que era verdadera. Ca seria cosa sin razon, é contra derecho de aver ome poderio de facer á otros sus debdores por sus escrituras, cuando él se quisiese.* [2]*Si ome en tiempo de su finamiento dice é manda escrebir que Fulan es su debdor, é quel debe cierta cuan-*

*tia, así como diez maravedís, é fuese verdad quel debe veinte; podiendo esto probar los herederos, non le empesce la escritura, nin la palabra del finado; ante pueden cobrar los veinte maravedís, si quisieren. Esto es porque todo ome puede sospechar que por yerro fizo la escritura. ³Mas si él, ante que finase, dijese, ó le fallasen escrito de su mano ó de otra por su mandado que si mas le debe Fulan de diez maravedís, que gelos quitaba, ó jurase que non le debia mas; sus herederos non le pueden demandar mas, maguer los herederos quisiesen probar que el debdo era mayor.*

Tres son las declaraciones de la ley: 1.ª, que no se debe creer al apunte ó nota privada en que uno se confiesa deudor de cierta cantidad: 2.ª Que no le perjudica un error de pluma ó equivocacion como si dejase escrito al morir que uno le debia diez y fuesen veinte: 3.ª Que los herederos cobrarian la cantidad menor si en un papel por separado dejase dicho que juraba que no le debia mas, y si mas le debia, que se lo perdonaba.

Pothier distingue tres especies de papeles domésticos: 1.°, diarios: 2.°, papeles sueltos: hojas volantes que no están en seguida, al márgen ó al dorso de un instrumento firmado: 3.°, los que están en seguida al márgen ó al dorso. Se propone varios casos y los resuelve, segun que el asiento tenga por objeto contraer una obligacion ó librarse de ella, y el registro, sea de una ú otra de las citadas clases. Pero como en esta clasificacion hay mucho de arbitrario, sustituiremos en su lugar las conclusiones del Proyecto.

Los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fé contra el que los ha escrito, en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte que le perjudique.

Las partidas rayadas ó borradas no pueden servir de prueba. Debe además apreciarse la diferencia entre cuadernos, manuales ó diarios, y los papeles sueltos. Los primeros harán fé aunque estén escritos de otra mano y sin firma, porque se presume que lo mandó escribir aquel de cuyo poder nunca salió el cuaderno-registro ó diario.

Los papeles sueltos deben estar firmados por aquel en cuyo poder se encuentran, y aun así no probarán su obligacion para con otro. Muere Pedro, y se encuentra entre sus papeles sueltos un vale en que confiesa serme deudor de mil pesos. Este vale no probará su deuda: pudo haberlo hecho contando con la seguridad del préstamo: pudo este no realizarse y haberse olvidado Pedro de rasgar el vale; en una palabra, el préstamo no consta con claridad.

Pero si añade en el vale que se hace para que le sirva de seguridad por no habérsele dado al hacerse el préstamo, esta espresion ó advertencia disipará toda duda y constituirá fuerza probatoria de la obligacion: el caso ha de ser bien raro.

Si al morir Pedro se encuentra entre sus papeles sueltos uno firmado, por el que confiesa que ha recibido de un deudor suyo el todo ó parte de la deuda, bastará sin otra espresion ó advertencia para descargar al deudor: la liberacion es mas favorable que la obligacion.

Una especie de asiento es la *tarja*, que es un palo partido por medio con un encaje á los extremos para ir marcando lo que se compra ó saca fiado, haciendo una muesca: la mitad del liston se lleva el que compra, reteniendo la otra el que vende, y al tiempo del ajuste confrontan las muescas de uno y otro para que no haya engaño. El art. 1210 del Proyecto, conforme al 1333 del Código francés, declara que las tarjas hacen fé en lo que están conformes las de ambas partes contratantes.

Pothier observa que las muescas hacen veces de escritura, y forman una especie de prueba literal estando conformes.

## § III.

### *Prueba testifical.*

Ley 1.ª, tít. XVI, Part. III. *Testigos son omes, ó mujeres, que son atales, que no pueden desechar de prueba que aducen las partes en juicio, para probar las cosas negadas, ó dubdosas.*

*E nace gran pro dellos, porque saben la verdad por su testimonio, que en otra manera sería escondida muchas veces.*

Son los testigos personas de buena fama, y adornadas de las circunstancias designadas por la ley para que hagan fé en juicio sobre la verdad ó falsedad de los hechos dudosos ó controvertidos.

No hay un Código de los presentes y de los pasados tiempos que no consigne la prueba testimonial; pero como tampoco hay uno que desconozca los peligros de esta prueba, influida por los vaivenes de las costumbres públicas, todos van conformes en exigir garantías al testimonio.

A cuatro pueden reducirse las cualidades que las leyes exigen á los testigos, á saber: edad, probidad, conocimiento é imparcialidad.

Por falta de edad no puede serlo el menor de veinte años en las causas criminales, y el menor de catorce en las civiles.

[1] *Veinte años cumplidos á lo menos debe haber el testigo que aducen en pleito de acusacion ó en pesquisa para saber algun mal fecho de alguno de que fuese enfamado, de que pudiese nascer muerte, ó perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra, si le fuese probado.* [2] *Mas en todos los otros que non fuesen criminales, así como por razon de debdo, ó de raiz, ó de herencia, que demandasen en juicio, bien podria ser recibido por testigo el que oviese catorce años cumplidos.*

Sin llegar á esta edad conviene en algun caso recibir su testimonio. *E non tan solamente podrian testiguar estos en las cosas que vieron ó supieron en la sazon que eran en esta edad; mas aun en todas las otras que oviesen antes visto é sabido, que bien se acordasen..... mas como quier que su dicho no empeceria acabadamente á aquel contra quien testiguare, pero seyendo de buen entendimiento, atales menores farian gran presuncion al fecho sobre que fuese el testimonio* (Ley 9.ª).

Nada impide que los menores de catorce años den razon de lo que han visto y conservan en la memoria: *et sic videtur intelligere de eo, qui cognoscere poterat, et memoriæ commendare, ut quia erat*

*proximus pubertati* (Glosa 3.ª). El menor de catorce años está dispensado de prestar juramento (Art. 314, L. E. C.).

El Fuero Real exige para ser testigo diez y seis años. *Otrosí no pueda testimoniar ninguno que non haya diez y seis años cumplidos* (Ley 9.ª, tít. VIII, lib. II).

Por falta de probidad rechaza la ley el testimonio de varias personas.

La 1.ª, tít. IV, lib. II del Fuero Juzgo acusa de esta falta á los *omiceros, é los sorteros, é los siervos, é los ladrones, é los pecadores, é los que dan yerbas, é los que fuerzan las mujeres, é los que dijeron falso testimonio, é los que van por pedir conseio á sorteras.*

La 9.ª del Fuero Real aunque mas completa coincide con la ley 8.ª, tít. XVI de Partidas que envuelve en su censura al hombre de mala fama; al que hubiese dicho falso testimonio, falseado sello ó moneda del Estado; faltado á la verdad por precio recibido; ó dado yerbas ó veneno para causar algun aborto, muerte ú otro mal corporal, al homicida, *fueras si lo ficiese tornando sobre sí;* al casado que tiene en su casa barragana ó manceba conocidamente, al forzador, al raptor de religiosa, al apóstata, al que se hubiese casado sin dispensa en grado prohibido, al traidor, ó alevoso, ó dado conocidamente por malo, ó al que *oviese fecho porque valiese menos en tal manera, porque non pudiese ser par de otro;* el de mala vida, como ladron ó robador ó alcahuete conocido, ó tahur y al escomulgado vitando.

Entre los escluidos cuenta al *pobre é vil:* los pobres tienen la posibilidad de ser sobornados, pero no por esto son inhábiles, siendo honrados: han de unir á la pobreza los vicios: la *vileza: Quia sola paupertas, ubi bona est vita, non repelleret à testimonio* (Glosa 19). *Ni ome muy pobre, si no fuere probado por de buena vida y de buen testimonio* (Ley 9.ª, F. R.).

Habla tambien del que habiendo hecho pleito homenaje no lo cumpliese: *nin aquel que oviese fecho homenage, é non lo tuviese, debiendolo cumplir, é pudiendo.*

Abolidas las costumbres feudales que exigian tales actos de vasallaje falta el fundamento de esta prohibicion, pero honra

las costumbres de su época, mirada como un justo castigo á la deslealtad

Por falta de conocimiento no puede ser testigo el que carece de razon. *Non puede testiguar ome que haya perdido el seso, en cuanto le durare la locura.* Ni el que por defecto de algun sentido sea incapaz de enterarse del hecho.

Respecto al sexo la ley 8.ª del Fuero Real permite *atestiguar á toda mujer vecina, ó fija de vecino en cosas fechas, ó dichas en baño, forno, molino, etc., sobre partos, acatamiento de muger ú otros fechos mugeriles; y no en otras cosas, si no las que manda la ley; si no fuere muger que anda en semejanza de varon: que no queremos que testimonie, sino en cosas contra rey ó su señorío.*

La 17, tít. XVI de Partida declara: *Muger de buena fama puede ser testigo en todo pleito, fueras en testamento. Esto se entiende si fuere de buena fama. Mas si contra la muger fuese dado juicio de adulterio, ó fuere vil, é de mala fama, non debe ser cabido su testimonio en ningun pleito.*

La misma prohibicion tiene el hermafrodita; *pero si tirase mas á varon que á muger podria ser testigo en todo pleito de testamento.*

Sobre la falta de imparcialidad, la ley 9.ª del Fuero Real se espresa así: *Padres, fijos, nietos, visnietos, hermanos, primos, sobrinos, primos fijos de hermanos, sobrinos fijos de primos, segundos cohermanos, tios, etc., no sean testimonias contra estraños, fueras si fuese el pleito entre parientes, é parientes de egualeza. Otrosí, no pueda testimoniar contra otro que haga parte en la demanda....*

La 8.ª de Partida recusa el testimonio de judio, moro ó hereje en causa de cristiano quizá mas que por pena de su delito por suponerle falta de imparcialidad. Otras escluyen á determinadas personas: no pueden ser los ascendientes ó descendientes en causas de unos y otros: *mas si contienda acaesciese sobre la edad de alguno de los descendientes ó en razon de parentesco, podria dar testimonio el padre ó madre.....* (Ley 14) ni la mujer en causa del marido: ni el hermano en la del hermano.

*mientra que ambos estuvieren en poder de su padre é vivieren de so uno* (Ley 15); ni los criados ó familiares, si no fuere en causas que de otro modo no se pueden probar: *en su pleito mismo non puede ser ningund testigo. Otrosí non puede ser cabido en aquel pleito testimonio de su fijo, mayordomo, quintero, etc. Porque non seria guisado nin derecho de un ome tener lugar de parte é de testigo. Nin aquellos que viven en su merced, é han de facer su mandado, que pudiesen testiguar por él. Pero en pleito de concejo é comunidad podrian dar testimonio sus individuos; porque como quier que el pleito tenga á todos comunalmente, non pertenece á cada uno por sí en todo* (Ley 18). El juez tampoco puede ser testigo á menos que fuese preciso valerse de él, por no haber otro que declare, siempre que en ello no haya malignidad para escluirle del conocimiento de la causa (Ley 19). Ni los abogados, procuradores, tutores ó curadores en favor de su parte ó representado, aunque podrian serlo por la otra. *Pero si la parte contra quien razonase lo pidiese por testigo, entonce bien lo podria ser* (Ley 20).

En causas pertenecientes á una sociedad no podria ser testigo un sócio por otro, aunque sí en cosas ajenas á la misma; *porque la ganancia ó la pérdida de tal pleito pertenece á cada uno dellos su parte*. Ni un reo contra su cómplice: *si algunos oviesen fecho algun yerro de so uno, é despues acusasen á alguno dellos por tal yerro, non podria ninguno de los otros compañeros que se oviese y acertado en facer tal yerro, ser testigo contra el* (21). Ni el que tuviese enemistad capital, *ningun ome que sea omiciado con otro de grande enemistad que non pueda ser testigo contra el en ningun pleito, si fuese de pariente que le haya muerto,* etc. (22).

Ninguno puede ser apremiado á declarar contra sus parientes en cuarto grado, ni el yerno contra su suegro ó al contrario, ni el padrastro contra el entenado, ni éste contra aquel, aunque si voluntariamente se prestaren á ello, no obsta el parentesco (Ley 11).

### Artículo 1.°

*Cuándo hace plena prueba la declaracion de los testigos.*

*En todo pleito vala testimonia de dos homes buenos* (Ley 1.ª, tít. VIII, lib. II, F. R.).—*Dos testigos de buena fama, é que sean atales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste libro, abonda para probar todo pleito en juicio*..... (32, tít. XVI, Part. III).

Dos testigos contestes, y mayores de toda escepcion bastan para hacer prueba plena. Se entiende que están contestes cuando concuerdan en la persona, en el hecho, en el tiempo y en el lugar..... *Ca si desacordasen los testigos diciendo el uno que fuera fecho en un lugar, y el otro en otra parte, non valdria su testimonio. Por esta razon desechó Daniel Profeta á los testigos que adujeron ante él contra Susana, porque desacordaron del lugar en diciendo su testimonio* (Ley 28, tít. XVI): *Testes ergò, qui diversificant in tempore, loco, aut aliis qualitatibus, ex quo detegitur singularitas, non probant, et tantum valent mille, quantum unus* (Glosa 2.ª). Lo cual ha de entenderse cuando el desacuerdo produzca diferencia esencial, porque puede recaer sobre accidentes de poca importancia que se hayan borrado de la memoria: *quia non consueverunt homines circa talia multùm solicitari, undè facilè à memoria elabuntur* (Glos. 3.ª).

Los testigos son mayores de toda escepcion, cuando no tienen ninguno de los defectos ó tachas que marcan las leyes.

La citada ley de Partida ha sido esencialmente modificada por el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que confiere á los Tribunales la facultad de apreciar, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos (S. 8 Junio 1866). El buen criterio de los jueces y magistrados, es el que debe hacer una acertada calificacion y juzgar si está ó no probado un hecho aseverado por uno ó mas testigos; ó sino lo creen cierto á pesar de esta aseveracion atendidas todas las circunstancias que concurran.

El dicho de un solo testigo, aunque atendible, no hace

prueba sino por escepcion, en el único caso que cita, y tal vez hoy poco probable. *Por un testigo ningun pleito se puede probar, cuanto quier que sea ome bueno é honrado, como quier que faria gran presuncion al fecho sobre que testiguase. Pero si emperador ó rey diese testimonio sobre alguna cosa, abonda para probar todo pleito. Ca debe ome asmar que el que es puesto para mantener la tierra en justicia é en derecho, non diria en su testimonio si non verdad, nin querria en tal razon ayudar al uno por estorbar al otro* (Ley 32).

Cuando se ha practicado prueba de testigos y documentos, y el fallo no se funda en la sola declaracion de un testigo, no puede supónerse infringida la anterior ley (S. 8 Junio 1866).

El número de testigos no debia esceder de doce por cada parte. *El juzgador non debe consentir á ninguna de las partes que aduzga mas de doce. Ca asaz abondan estos á aquel que los aduce para probar su intencion* (Id.). Pero las leyes 2.ª y 4.ª, tít. XI, lib. XI, Nov. Recop., permiten nombrar y presentar treinta por cada pregunta con tanto que jure que no lo hace con malicia ni por dilatar.....

### Artículo 2.°

*Casos en que se necesitan mas de dos testigos para hacer prueba.*

Cuando se trate de justificar el pago ó estincion de una deuda ó de cualquiera otra obligacion, *debelo averiguar por carta valedera, ó por cinco testigos que digan que ellos eran presentes, cuando aquella paga ó quitamiento fué fecho; é que fueron llamados, é rogados que fuesen ende testigos* (Ley 32, tít. XVI).

La ley ha supuesto que se necesitan dos testigos para desvirtuar el testimonio del escribano y tres que declaren contra lo que afirmen los tres testigos instrumentales: disposicion que algunos consideran limitada al acto ó contrato que necesitara la solemnidad de la escritura, pero que nosotros consideramos aplicable sin distincion á todos los casos en que se hubiera otor-

gado escritura, porque la fuerza probatoria de un instrumento público siempre es igual.

En los testamentos como es sabido, se necesita mayor número de testigos.

Habiéndose de probar la falsedad de un instrumento ó escritura pública son necesarios cuatro testigos idóneos, como se dijo al esponer la ley 117, tít. XVIII.

*Pero si la carta non fuese fecha por mano de escribano público abondale con dos testigos que sean sin sospecha, é omes cuyo testimonio debiese ser cabido* (Id.).

Si resultare oposicion entre el dicho de los testigos, el juez deberá dar preferencia á los que merezcan mayor fé por su fama, idoneidad y otras circunstancias, aunque sean mas en número los presentados por la parte contraria.

Siendo iguales en crédito por razon de sus personas y de sus declaraciones, deberá estarse por los que fueron mas en número: *deben creer los testigos que se acordaren, é fueren mas, é juzgar por la parte que los adujo.* Si hasta en el número hubiese igualdad, se absolverá al demandado: *debe el juzgador dar por quito al demandado; porque los juzgadores siempre deben ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, cuando fallasen derechas razones* (Ley 40).

Si discordaren en sus declaraciones los testigos de una y otra parte, deberá estarse á los que afirmaren lo mas verosimil, y fueren de mejor fama, aunque fuese mayor el número de los otros. No sucede lo mismo en la prueba instrumental cuando hay oposicion entre dos escrituras; pero el interesado puede conocer el contenido de las escrituras, y no sabe lo que responderán los testigos; *porque muchas veces dicen á la parte que los trae que dirán una cosa, é cuando son delante del juzgador, dicen el contrario en poridad de aquello que saben.*

Lo que el testigo no puede hacer es contradecirse; *pues cuando algun testigo fuese contrario á sí mismo en su dicho, non debe valer su testimonio* (Ley 41, tít. XVI).

## § IV.

## *De la confesion.*

### Artículo 1.°

*Naturaleza de esta prueba y sus especies.*

*Conocencia es respuesta de otorgamiento, que face la una parte á la otra en juicio* (Ley 1.ª, tít. XIII).

Cuando el demandado conoce la deuda ó la verdad del hecho no se necesita otra prueba, pues *su conoscencia vale tanto, como si le fuese probado por pruebas ó por carta* (Ley 1.ª, título VII, lib. II, F. R.).

La confesion se divide en judicial y estrajudicial, espresa ó tácita, y puede ser por la forma ó por las circunstancias que le acompañan, simple y calificada, dividua é individua.

Confesion judicial es la declaracion hecha en juicio por cualquiera de los litigantes á presencia de juez y de escribano bajo juramento y con arreglo á derecho.

Estrajudicial, la que se hace fuera de juicio en conversacion, por medio de carta ó por cualquier otro documento que no tenga por objeto servir de prueba sobre el hecho dudoso.

*Dos maneras son de conociencias: la primera la que face ome en juicio, estando su contendor delante. La segunda aquella que face un ome á otro sin premia, non estando en juicio con él.....* (Ley 3.ª).

Tambien suele considerarse como estrajudicial la confesion hecha ante juez incompetente, y la que se ejecuta en algun escrito de los que se presentan en juicio, si en él no se ratifica el confesante ante el juez bajo juramento.

La confesion judicial puede pedirla una parte á otra por medio de preguntas conocidas en el derecho con el nombre de posiciones.

La confesion debe ser espresa, entendiéndose que lo es la que se verifica con palabras que manifiestan clara y positiva-

mente lo que se dice sin ambigüedad ni confusion. Pero vale tambien la tácita, que es la que se infiere de algun hecho ó se supone por la ley, tal sucederia, v. gr., si la parte abandonara el pleito, despues de contestada la demanda, ó si el que ha de ser interrogado, se negare á declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, ó si llamado á declarar, no compareciese á la segunda citacion sin justa causa: doctrina formulada por las leyes 3.ª, tít. XIII, Part. III, y 1.ª y 2.ª, título IX, lib. X, Nov. Recop., y repetida por el art. 297 de la de Enjuiciamiento.

La confesion espresa puede ser simple ó cualificada: se llama confesion simple la que hace la parte á quien se pide, afirmando llanamente la verdad del hecho sobre que se pregunta, y cualificada aquella, por la cual se reconoce el hecho sobre el que recae la pregunta; pero añadiendo circunstancias que destruyen ó modifican la intencion de la parte contraria.

La cualificada puede ser dividua é individua. Será dividua cuando la circunstancia ó modificacion del litigante es separable del hecho que modifica: tal seria si la confesion no se limitara al hecho y sus circunstancias, sino que se estendiera á otros diversos, sobre los que no fué interrogado el contrario; así acontece cuando el confesante manifiesta que ha recibido cierta cantidad en préstamo, pero añade que despues la ha satisfecho: en este caso cabe admitir la confesion en una parte y desecharla en otra, mientras el confesante no pruebe la circunstancia que espresó.

Por el contrario será individua, cuando la circunstancia ó modificacion añadida sea inseparable del hecho preguntado por la conexion que tiene con él: en este caso, como no es posible admitir la confesion en parte y desecharla en otra, el litigante que desee aprovechar sus efectos, debe probar la falsedad de la circunstancia conexa ó añadida. Si uno confiesa, por ejemplo, que ha recibido de otro cierta cantidad; pero añade que ha sido en pago de una deuda anterior, la confesion será individua, y no le perjudicará si su adversario no prueba la falsedad de la circunstancia añadida.

### Artículo 2.°

*Fuerza probatoria de la confesion judicial.*

La confesion hecha en juicio constituye plena prueba contra el confesante (S. 25 Junio 1861).

*Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sentencia damnatur* (Ley 1.ª, tít. II, lib. XLII, Dig.).

*Grande es la fuerza que ha la conocencia que face la parte en juicio, estando su contendor delante. Ca por ella se puede librar la contienda, bien así como si lo que conocen, fuese probado por buenos testigos, ó verdaderas cartas.....* (Ley 2.ª, tít. XIII).

Tal es la fuerza de la confesion que suele decirse que mas que prueba es relevacion de ella; por lo cual puede pedirse en cualquier estado del pleito y en cualquier estado lo termina. Sin embargo, la confesion de la parte no basta para decidir los negocios en que se interesa el órden público: si la mujer intenta demanda de divorcio por sevicia ó malos tratamientos, no debe bastar la sola confesion del marido para decidirlos.

Mas la confesion para hacer prueba plena debe tener los requisitos establecidos en la siguiente

Ley 4.ª—[1]*Muchas cosas ha menester que haya en si la conocencia fecha en juicio para tener daño á aquel que la face, é pro á su contendor, é son estas: que sea de edad complida el que la face, así como de suso mostramos; é que la faga de su grado, é non por premia: é á sabiendas, é non por yerro: é que la faga contra si. Ca si el conociese cosa que fuese su pro, non ternia daño á su contendor, si lo non probase.* [2]*Otrosi que sea dicha en cierto sobre cosa ó cuantía ó fecho: é la conocencia que ficiere, non sea contra natura, nin contra las leyes deste libro.* [3]*Sobre todo, que sea fecha en juicio, estando su contendor ó personero delante. Todas estas cosas debe aver la conocencia que ha de ser valedera: é si alguna dellas falleciese, non ternia daño á la parte que la fizo.*

El confesante ha de ser mayor de veinticinco años; si fuere menor y hubiese entrado en la pubertad, ha de intervenir el

curador, sin perjuicio en este caso del beneficio de restitucion si sufriere lesion.

Tal es el contenido de la ley 1.ª, la cual añade, que no es necesario que haga la confesion el mismo litigante, sino que puede hacerla en su nombre un apoderado especial.

*Puedela facer todo ome de edad de veinte y cinco años, ó su bocero ó personero á quien fuese otorgado poderio de la facer... Otrosi conocencia que ficiese en juicio huérfano menor de catorce años non seyendo su guardador delante, non le debe empecer. Mas si la ficiese estando y su guardador, é non la contradijese valdria. Pero si se tornase á gran daño del huérfano, bien la puede revocar* (Ley 1.ª, tít. XIII).

La confesion ha de ser libre de toda coaccion física y moral sin haber intervenido sugestion, promesa, dádiva, engaño, ni seduccion de ninguna especie. Además de la ley 4.ª que exige que el confesante la *faga de su grado, é non por premia:* la 5.ª añade: *por premia de tormentos ó feridas ó por miedo de muerte ó de deshonra que quieren facer á los omes conocen á las vegadas algunas cosas que de su grado no las conocerian. E decimos que la conocencia fecha en alguna destas maneras non debe valer, nin empece al que lo face.*

La ha de hacer con ciencia cierta y no por yerro, ni equivocacion; pues si la hace con error no perjudica al confesante, si lo prueba antes de la sentencia.

*Otrosi; si alguno ficiese conocencia ó niego por yerro en juicio, sobre alguna cosa ó algun fecho, non le empece á aquel que la fizo si pudiere probar el yerro, quando quier, ante que sea dado juicio acabado sobre aquel pleito.....*

La razon es sencilla: dice una regla de derecho: «*non videntur, qui errant, consentire* (116, §. 2.° de *Reg. jur.*), y así como el consentimiento por error de hecho no vale, tampoco es verdadera confesion la dada ó hecha con igual vicio, *non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit* (Ley 2.ª, tít. II, lib. XLII, Dig.). Cuando no se prueba que hay yerro en la conoscencia, la sentencia que condena al pago de lo convenido no infringe dicha ley 5.ª (S. 26 Mayo 1866).

El descubrimiento del error ha de ser posterior á la confesion y debe probarlo el confesante; pues si hubiese precedido se infiere que confirmó y ratificó la deuda.

Se ha de hacer ante juez competente. Escriche observa que tiene la misma fuerza que la confesion judicial la hecha ante el juez árbitro que procede observando el órden legal, pero no la que se hace ante arbitrador por no haber juicio ante este. La confesion hecha ante juez incompetente producirá un principio de prueba por escrito, no verdadera prueba, pues la ley 4.ª recopilada dice ante juez competente: lo mismo exactamente que se halla prevenido en la 15, tít. I, lib. II, Dig.: *si per errorem alius pro alio prætor fuerit aditus, nihil valebit... cum (ut Julianus ait) non consentiant, qui errent...* La ley exige además que se haga ante la parte contraria ó su apoderado; mas esta formalidad no está admitida en la práctica. De toda confesion judicial se da vista sin dilacion al que la hubiere solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun punto dudoso etc. (Artículo 298, L. E. C.).

Ha de hacerse contra sí mismo, ó para obligarse en favor de otro; mas no contra tercera persona. La confesion en provecho propio nada vale á no añadir otras pruebas..... *E la conoscencia que ficiere contra sí, vala; ca contra otro no debe valer sin otra prueba* (Ley 2.ª, tít. VII, lib. II, F. R.) (R. C. 7 Mayo 1865).

Ha de recaer sobre cosa cierta y determinada, afirmando ó negando el hecho que propone el contrario; pues si demandando uno cierta cantidad, contesta el confesante que debe otra, sin espresarla, no le perjudicará la confesion, si bien el juez debe apremiarle á que responda categóricamente y fije la cantidad de la deuda.

A las manifestaciones que haga un litigante en sus escritos, no puede darse el valor de confesion hecha en juicio y ante su contendor (S. 26 Enero 1866).

No ha de ser contraria á la naturaleza y á las leyes: contra la naturaleza es la que se opone á sus leyes inalterables: esto seria cuando alguno otorgase é conociese que otro que fuese

de mayor edad que él era su fijo ó su nieto: *tal conoscencia como esta non debe valer, porque naturalmente el padre debe ser de mayor edad que el fijo, etc.* Contra ley es lo que ella reprueba. *Esto seria..... como si alguno casase con muger concejeramente, é despues conociese en juicio cualquier dellos alguna cosa para desfacer el casamiento: que tal conocencia non empece, si la non probase por testigos ó de otra guisa* (Ley 6.ª)

ARTÍCULO 3.°

*Eficacia de la confesion estrajudicial.*

*Toda conoscencia fecha fuera de juicio no vala* (Ley 2.ª, título VII, lib. II, F. R.).—La ley 2.ª, tít. XIII, Part. III, que determina la fuerza que há la conoscencia, no es aplicable al caso de confesion estrajudicial, sino al de confesion judicial hecha con las formalidades de derecho (S. 4 Junio 1860).

La que hiciere un deudor á presencia de dos testigos y de la parte contraria, con palabras claras y terminantes, con espresion de la cantidad ó cosa que se debe y de la causa ó razon de deber, constituye prueba plena si no justificare haber satisfecho ó quedado libre de ella.—*Fueras si la ficiere ante omes buenos llamados señaladamente para testimonios de aquella conoscencia* (Idem F. R.).—*Si alguno conociere la cuantía de la cosa que otorga que debe dar é la razon por que la debe, diciendo: otorgo que debo á fulan tantos maravedís que me prestó, ó tal cosa que me dió en guarda, etc., estando la otra parte delante ó su personero, es tenudo de pagar lo que conoció. Fueras si quisiere probar por carta derecha é buenos testimonios que pagó la debda ó la cosa que conosció, ó gela quitaron de su grado los que avian poderio de lo facer, faciendo pleito que nunca gela demandarian, é otorgando que eran pagados della* (Ley 7.ª, Part. III).

La que se hace por testamento ó á la hora de la muerte produce asímismo prueba completa contra los herederos del que se reconoce deudor ó confiesa haber cobrado algun crédito: *vale si la ficiere..... á la hora de su muerte estando en su memoria*

(Ley 2.ª citada del Fuero, 19, 20 y 21, tít. IX, Part. VI). Pero la confesion de la deuda en favor de una persona incapaz de recibir del confesante presumiéndose hecha en fraude de la ley, no constituye prueba contra los herederos, á no ser que el incapaz pruebe la razon de la deuda.

La declaracion que hace un padre en favor de uno de sus hijos, mandando que estos le entreguen mas de lo que el derecho permite, se considera verificada en fraude de la ley en cuanto al esceso y no produce prueba contra los herederos, á no ser que aquel acredite la razon de la deuda.

Ley 3.ª, tít. XIV, Part. III.—Cuando el padre *manda en el testamento á sus herederos que tornen á tal fijo tantos maravedís que le diera F. pariente del mozo..... ó que recibiera de los frutos de tal heredamiento del mozo ó de su madre, etc., los herederos no son tenudos de pagar mas de lo que el derecho manda que puede mandar el padre á tal fijo: é que en tales palabras non debe ser creido. Ca se sospecha que lo face por engañar la ley, é por sabor que ha de facer algo á sus fijos. Pero si el tal fijo pudiere probar que el padre le debe, ó recibiera por él alguna destas cosas que le manda dar; tenudos serian de tornarle é de otorgarle todo aquello que así probase ó mostrase.*

La ejecutada por los padres en escrito ó asiento formal, de cuya autenticidad no se dude, sobre anticipaciones hechas á sus hijos por razon de colocacion ó establecimiento se tiene tambien por prueba completa sin embargo de ser estrajudicial.

## § V.

## *Juramento.*

### Artículo 1.º

### *Definicion del juramento y sus especies.*

Ley 1.ª, tít. XI, Part. 3.ª—*Jura es averiguamiento que se face, nombrando á Dios, ó á alguna otra cosa santa, sobre lo*

*que alguno afirma que es así, ó lo niega. En otra manera, jura es afirmamiento de la verdad.*

Gregorio Lopez, segun la doctrina de Santo Tomás, define el juramento *affirmatio, vel negatio de aliquo facto, vel fiendo, sacræ rei attestatione firmata* (Glosa 1.ª).

La invocacion de la divinidad ha sido siempre y en todos los pueblos el medio supremo para averiguar la verdad. *E fué sacada, porque las cosas que los omes non quieren creer, porque se non podrian probar, la jura les moviese é los abondase para creerlo.*

El derecho romano contiene dos largos títulos sobre el juramento: el 1.°, lib. IV del Código, y el 2.°, lib. XII, Dig. que lleva por epígrafe del voluntario, necesario y judicial.

El Fuero Juzgo, el Real y las Partidas, los tres Códigos mas notables del nuestro, no solo reconocen, acaso prodigan, esta prueba.

Los autores dividen el juramento en voluntario, necesario y judicial, juramento decisorio del pleito y estimatorio, ó decisorio en el pleito: division arreglada á la ley 2.ª de dicho título y Partida

Juramento decisorio del pleito es el que una parte defiere ú ofrece á la otra, obligándose á pasar por lo que esta jure á fin de terminar así sus diferencias.

Estimatorio ó decisorio en el pleito es el que por falta de prueba exige el juez al autor sobre el valor real de la cosa ó sobre el que le corresponda atendida la estima que hacia de ella por su mayor afeccion, ó sobre perjuicios que se hubieren causado ó intereses perdidos.

El juramento decisorio del pleito se divide en voluntario, necesario y judicial.

Voluntario es el que presta un litigante á otro que se le defiere ú ofrece, sometiéndose á lo que aquel jure acerca de la cuestion litigiosa. De este juramento dice la ley *é tal jura cuando fuere fecha en la manera en que fué otorgada, debe ser librado el pleito por ella como si fuese fecha en juicio.* Es voluntario y se le llama tambien convencional, porque le defiere una par-

te á otra despues de principiado para terminarlo por este medio estrajudicialmente.

El necesario que tambien se llama supletorio, es el que el juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes, manda hacer al otro bajo tal precision que si lo resiste se le tiene por convicto. De él habla la ley en su segundo párrafo diciendo: *que es llamado de premia, porque la parte á quien el juez mandare que la faga, non se puede escusar en ninguna manera. Ca si non quisiere jurar debe ser dado por vencido de aquel pleito*.

Dáse con propiedad á este juramento el nombre de supletorio, porque es un suplemento de prueba para acabar el juez de formar su conviccion; así es que solo se defiere cuando está el pleito dudoso por no haber justificado los litigantes plenamente su demanda ó escepcion: *Solent enim sæpe judices in causis dubiis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit* (Ley 31, tít. II, lib. XII, Dig.).

La ley supone que puede tener lugar en los casos de robo, fuerza y engaño: si probado el delito no pudiese el actor acreditar las cosas perdidas, ni su valor, el juez, atendida la calidad de la persona, debe apreciarlas y deferir al juramento: le admite tambien en los pleitos de diez maravedís abajo, cuando solo se prueba por un testigo sin sospecha.

Es judicial el que se hace en juicio, á consecuencia de haberlo deferido un litigante á otro con aprobacion del juez: *la tercera manera de jura es cuando están los contendores en su pleito, é da el uno dellos la jura al otro, diciendole que jure, que él estará por lo que jurare*. Puede ser deferido y referido á la vez: *esta jura puede refusar aquel á quien la dan é tornarla al que gela da*. Y no es del todo voluntario, porque si bien queda al arbitrio de aquel á quien se defiere recusarlo, parece que en cierto modo viene obligado á hacerlo, en razon á que de no prestarlo ó de no referirlo al otro litigante, pierde su derecho, como lo pierde tambien aquel á quien se refiriese si se negare á ello. *Aquel á quien tornare la jura, non la puede refusar. Ca despues que el quiso que el pleito se librase por jura, convidando*

*con ella á su contendor, si el otro la tornare á él, non la puede el refusar.*

El juramento decisorio de algun incidente, llamado tambien *in litem*, es el que en defecto de otra prueba exige el juez al actor sobre el valor ó estimacion de la cosa demandada, ó sobre el daño que hubiese recibido para determinar la cantidad á que ha de condenar al reo. Ley 3.ª *Premia de los juzgadores face á los omes á las vegadas que juren en los pleitos; porque de otra manera non se podrian librar las contiendas que han entre sí. Esto seria cuando el demandador oviese probado su intencion en el pleito, en razon de la cosa, ó de tuerto, ó de engaño; é fuese contienda entre las partes de la valía de aquella cosa ó del apreciamiento del daño.....*

Debe hacerse por el actor y dueño de la cosa y no por el reo, y siendo aquel menor por su tutor ó curador bajo ciertas prevenciones, *catando primeramente que cosa es aquella que el demandador demanda, é que menoscabo recibia, porque la non puede aver, ca podria ser que en mayor perdida se le tornaria aquella cosa, por non la aver, que non valdria si se vendiese comunalmente entre los omes. Eso mismo debe catar en el apreciamiento del daño..... Cuando todas estas cosas oviese catadas, debe el juzgador asmar, é apreciar aquellas cosas, ó el daño que oviese venido á la parte, é poner cierta cuantía, fasta cuanto jure. E la parte debe jurar*, etc..... En los pocos casos que podrá tener lugar este remedio, la prudencia debe poner un límite á las pretensiones exageradas de los interesados, y hacer una regulacion equitativa.

Todas estas diferencias curiosas y que prueban la fé de los tiempos en que se hacian, si no son ya del todo inútiles, han perdido parte de su interés, por lo que los modernos Códigos las reducen, ó las pasan en silencio.

### Artículo 2.°

*Personas que pueden prestar el juramento.*

Ley 3.ª—[1]*El contendor que diere ó recibiere la jura debe ser*

*de edad de veinte y cinco años, é non sea loco nin desmemoriado, é que viva por sí, é non en poder de su padre. Si non fuere atal, no puede el mismo, sin mandado de aquel que le tenia en su poder, otorgar la jura..... [3]Si el padre oviese dado apartadamente, en manera de pejugar alguna cosa á su fijo; maguer fuese de edad de veinte y cinco años, non podria dar jura en razon de tales cosas, nin de otras ganadas con aquel pejugar, si la diese non vala. Fueras si el padre le òviese otorgado libre é general poderío que ficiese lo que quisiese en juicio é fuera de aquel pejugar. [3]E decimos que el desgastador de sus cosas á quien el juzgador le defendiera que non las enagene nin malmeta; si despues alguno le moviere pleito sobre ellas é el diese jura, non vale; nin el que así jurase, non ganaria por tal jura. Fueras si fuese dada con otorgamiento de su guardador.*

De ley es que no puedan prestar juramento el loco, fátuo ó desmemoriado, ni el menor de edad, el hijo de familia, aunque sea mayor respecto al peculio profecticio, si el padre no le dió poder ámplio, y el pródigo, á quien se hubiere prohibido la administracion de sus bienes, á no ser con autorizacion de las personas bajo cuyo poder se halle constituido.

Tampoco pueden deferirlo los procuradores ó mandatarios fuera de los casos prevenidos en la Ley 4.ª..... 1.° *Cuando en la carta de personeria le fuere otorgado señaladamente que lo pueda facer.* 2.° *Cuando fuese dado é otorgado libre é llenero poder en la personeria para poder facer todas las cosas que el señor del pleito podria facer en aquella cosa sobre que le facia personero.* 3.° *Cuando alguno fuese personero del pleito que fuese de tal natura que el pro ó el daño que viniese del se tornase al personero mismo. Esto seria cuando algun ome que oviese de recibir debda de otri, diese ó vendiese á algun ome todo el derecho que tenia contra su debdor é lo ficiese personero para poder mejor demandar esta debda, así como á su cosa misma.*

Ni el tutor ó curador, á no ser bajo el supuesto de la ley 9.ª: *si oviese contienda en juicio en razon de algunas cosas de aquellas; que tuviere en su guarda, é non pudiese aver prueba de testigos ó de carta con que se pudiese ayudar, é fuere el*

*pleito dudoso.....* Es racional esta limitacion, si, como espresa la ley, las cosas sobre que alguno da la jura á otro han de pertenecer á aquel que convida al otro con ella..... *En alguna destas maneras ó que sea suya quitamente ó que haya algun derecho en ella.*

El juramento estimatorio solo puede deferirse al actor y no al reo, y en caso de ser aquel menor de catorce años, ó loco, ó desmemoriado, ó pródigo, á su tutor ó curador; sin embargo, si el guardador se negase á hacerlo ó á dar cuentas, ó á resarcir los perjuicios que por dolo ó por culpa hubiere ocasionado en los bienes que administre, podrá el menor prestar este juramento, sometiéndose, como cualquier otro, á la regulacion prudencial del juez.

Así lo previene la ley 6.ª, añadiendo que si el guardador muriese antes de ser demandado, y el huérfano quisiese mover pleito contra los herederos en razon del engaño ó menoscabo del guardador..... *el juzgador non debe dar tal jura como esta al huérfano contra los herederos.* El juez procurará, por otros medios, averiguar la verdad, y si no pudiese haber certidumbre de cuántos y cuáles eran los bienes del huérfano, su fruto y su renta, *debe asmar é apreciar cuanto podrian valer dichos bienes seyendo vendidos comunalmente; haciendo jurar al huérfano que tanto valian, como los apreció.* Pero podria hacer jurar á los herederos y fallar el pleito por su juramento, si hiciesen engaño en los bienes del huérfano ó se menoscabasen por culpa de ellos.

## § VI.

### *De la presuncion.*

Ley 8.ª, tít. XIV, Part. III.—*E aun ay otra natura de probar á que llaman presuncion que quiere tanto decir como grañ sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba. E como quier que el rey Salomon diese su juicio por sospecha tan solamente sobre la contienda que era entre la mu-*

*ger libre é la sierva en razon del fijo; pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales é de sospecha; fueras en aquellas cosas que mandan las leyes de nuestro libro; porque las sospechas, muchas vegadas, non aciertan con la verdad.*

Segun Alciato, la palabra presuncion se deriva del verbo *sumere*, tomar, y de la preposicion *præ*, antes; que equivale á tomar por verdadero ó por cierto un hecho ó derecho antes de que se pruebe. Baldo la definió: *Ex aliquo antecedenti ad aliquod sibi connexum verisimilis deductio aut illatio* (Glosa 2.ª). Cujas: *Conjectura ducta ab eo quod fieri vel contingere solet ut plurimum.*

Los antiguos la dividieron en presuncion de derecho ó de ley, y presuncion de hombre. La primera en simple *(juris tantum)*, y por derecho ó *juris et de jure*, y la segunda en grave, menos grave y leve.

La presuncion *juris et de jure* toma este nombre, porque *super tali præsumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate.* Alciato la define: *Dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto tanquam sibi comperto statuentis.* Se diferencia de la anterior, en que no admite prueba en contrario.

Baldo define la presuncion judicial ó de hombre: *Quidam conceptus causatus in mente ab aliqua probabili conjectura.* Como que consiste en inducciones mas ó menos probables que hace el juez y pueden variar hasta lo infinito las circunstancias que influyan sobre su ánimo, esta prueba, si lo es, no admite mas que un supuesto: á saber, que la presuncion menos fuerte cede á la mas fuerte, y todas á la prueba en contrario.

### Artículo 1.º

### *Presuncion simple* (juris tantum).

Aunque toda presuncion legal va inherente á actos ó hechos determinados por una disposicion especial de la ley, cuando es simple admite prueba en contrario; así sucede en los casos puestos á continuacion.

Los hijos habidos en una mujer casada se presume que son legítimos. La mujer que lo contrario afirmase, no seria creida

si pudiera ser probado por los vecinos de aquel lugar que el *fijo naciera de ella, seyendo casada con aquel marido, é non aviendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen sospechar segun natura que el fijo fuera de otri.* Esta presuncion, colocada por algun autor entre las de por derecho, es simple, porque admite impugnacion (Ley 9.ª)

La de que el dueño de una cosa no dejó de serlo mientras no se pruebe lo contrario. *Casa ó viña ó otra cosa mueble ó raiz demandando en juicio un ome á otro, diciendo que era suya, si el demandado que la tiene, negare que non era, abonda que el demandador pueda probar que aquella cosa fué suya ó de su padre ó de su abuelo ó de aquel cuyo heredero es, de manera que por tal prueba debe ser entregado de aquella cosa. Esto es porque los sábios sospecharon que todo ome, que en alguna sazon fué señor de la cosa lo es aun, fasta que sea probado lo contrario* (Ley 10).

Por idéntico motivo, dice la ley, el poseedor de una cosa se presume que sigue poseyéndola si no prueba lo contrario; el que niega la posesion lo mismo, si el demandante no le prueba que dejó de poseer por fraude, y el poseedor de una prenda ó cosa dada en comodato, que la tiene, si no prueba la restitucion ó pérdida de la cosa etc.

La de que ha muerto el que se fué á tierras lejanas, si habiendo trascurrido diez años, consta de fama pública su fallecimiento. Tambien esta presuncion es simple, porque se funda en que no podria *ome tan ligeramente aver testigos para probar fecho que oviese oontecido en tan luenga tierra é de tan gran tiempo, é mayormente que lo oviesen visto muerto ó soterrar.* Por eso añade: *que si oviese muerto de poco tiempo acá, así como de cinco años, ó en tal tierra que se pueda ligeramente probar, é saber la verdad, debe ser probada la muerte por testigos* (Ley 14).

De igual índole son otras presunciones autorizadas por la ley y consagradas por especiales resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia en materia de mayorazgos, señoríos, etc. pero así estas como todas las comprendidas en la ley 10, tít. XIV,

Part. III, solo pueden tener lugar, como dice la misma, fasta que sea probado lo contrario (S. 16 Abril 1866).

ARTÍCULO 2.°

*Presunciones* juris et de jure.

De esta clase presentan las leyes nuevos casos, á saber:

La presuncion de que naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se considera nacido primero el varon.

La de que en una catástrofe se presume muerta la mujer antes que el marido, y el hijo mayor de edad antes que su padre: ejemplos sacados de la ley última, tít. XXXIII, Part. VII.

Algunos autores califican estas presunciones de simples ó *juris tantum* fundados en que la ley dice: *pues que non se puede averiguar el contrario, é non puede ser sabido cual de ellos nació primeramente..... si se non pudiere saber cual dellos murió primero.*

Los Sres. Zúñiga y Viso las colocan entre las presunciones *juris et de jure*, y nosotros suscribimos á su dictámen en el primer caso, porque la prueba es imposible; en el segundo porque descansa sobre una condicion natural; la mujer es mas flaca que el varon, y el padre respectivamente mas débil que el hijo adulto. Verdad es que los parientes podrian disputarlo, pero esta reserva producirá escaso efecto contra la presuncion que establece la ley, bajo el supuesto de haber ocurrido una catástrofe que no dejó rastro ni huella.

La del que paga á otro sabiendo que no debe, del cual se presume que hace donacion segun la ley 30, tít. XIV, Part. V, conforme con la 53, de *Reg. jur.*: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*

Finalmente, la ley presume falta de juicio para administrar sus cosas y obligarse por sí solos en el que tiene tutor ó curador y en la mujer casada; que el menor de nueve años es incapaz por falta absoluta de discernimiento, para incurrir en responsabilidad criminal sin que se admita prueba en contra de esta presuncion.

Una especie de presuncion *juris et de jure* es la que resulta de la autoridad de la cosa juzgada. *Res judicata pro veritate accipitur* (Ley 207 de *Reg. jur.*). El Derecho romano definió la cosa juzgada: *quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (Ley 1.ª, Dig. de *Re jud.*). La ley 32, tít. XXXIV, Part. VII, copió la anterior regla de derecho, y para que no se dudase acerca de la inteligencia de la cosa juzgada la definió diciendo, que es la *cosa que es juzgada por sentencia de que se non pueden alzar*.

La autoridad de la cosa juzgada solo tiene lugar entre los litigantes, sus herederos y causa-habientes por el principio de que las convenciones solo tienen efecto entre las partes contratantes; mas para ello han de concurrir las tres unidades que exigen las leyes; unidad de personas, de cosa y de accion: *Cum quæritur hæc exceptio noceat necne? inspiciendum est an idem corpus sit* (Ley 12). *Quantitas eadem, idem jus* (13). *Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrunt, alia res est* (Ley 14, tít. II, lib. XLIV, Dig.).

Acerca de este punto que por ser de uso tan frecuente ha dado y está dando ocasion á infinidad de recursos, se han publicado tambien muchas decisiones y del mas alto interés, ya fijando las condiciones de una sentencia para que tenga fuerza ejecutoria, ya los requisitos que ha de reunir para que teniendo fuerza de ley produzca la escepcion de cosa juzgada. En la imposibilidad de trascribirlas porque sin aumentár el doble el volúmen de esta obra, no podriamos reproducir las sentencias que forman la jurisprudencia civil, nos remitimos en este caso como en tantos ótros habremos de hacerlo á la obra que bajo este título ha dado á luz el eminente jurisconsulto Sr. Ortiz de Zúñiga.

# LIBRO CUARTO.

## CAPITULO PRIMERO.

### Contratos consensuales.

*Obligationes quæ ex contractu sunt, aut re, aut verbis, aut litteris, aut consensu, contrahuntur* (§ 2.°, tít. XIII, lib. III, *Inst.*).

El Emperador colocó los contratos por el órden de su aparicion en el derecho. Los últimos fueron los consensuales, para cuya perfeccion no se necesitaba la fórmula *per æs et libram*, ni interrogacion solemne, ni inscripcion en los registros, sino simplemente el consentimiento.

Derivados del derecho natural limitan á la última espresion la causa de deber, á pesar de que producen obligaciones recíprocas (*ultro citroque*).

Hoy ocupan, y con razon, el primer lugar, porque el consentimiento es la base fundamental de todos los contratos, y el derecho natural el principio generador de todas las relaciones jurídicas.

Sus especies fueron cinco, contando la enfiteusis añadida en los últimos tiempos del Bajo Imperio: compra-venta, arrendamiento, enfiteusis, sociedad y mandato.

En el largo período de la dominacion foral esta clasificacion desapareció, y de la misma manera que están equivocados los nombres de los documentos, pues llaman testamentos y cartas de testamento á escrituras que luego resultan ser de un contrato, así estos se hallan confundidos llamándose venta á un arrendamiento, y vice-versa.

Los Fueros generales trataron la materia con mayor propiedad. Pero el que la llevó á su apogeo fué el Código de las Partidas que aceptó la teoría romana.

# SECCION I.

## COMPRA-VENTA.

### § I.

### *Orígen y naturaleza de este contrato.*

ORÍGEN. Este contrato trae orígen de la permuta: *origo emendi vendendique à permutationibus cœpit: olim enim non ita erat nummus: neque aliud merx, neque aliud pretium vocabatur* (Ley 1.ª, tít. I, lib. XVIII, Dig.).

Mientras no se conoció la moneda el cambio suplia á las necesidades de los hombres, único comercio de los pueblos nacientes. Cada cual segun las circunstancias cambiaba las cosas inútiles por las útiles, pues ocurria con frecuencia sobrarle á uno lo que á otro le faltaba: *Unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit* (Id.).

Pero tampoco era raro que no tuviese un individuo las cosas que otro deseaba para hacer el cambio, ó si las tenia que fuesen desiguales en valor, habiendo que recorrer á estimaciones, nueva fuente de embarazos y dificultades: de aquí el orígen de la moneda, empleada como símbolo y representacion de todos los valores: *Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate* (Id.).

La introduccion de la moneda además de evitar las dificultades de la permuta salvaba el inconveniente de esas estimacio-

nes, porque el uso repetido de esta mercancía fija su verdadero valor respecto á las demás. La utilidad es tan conocida que pocos inventos han facilitado mas las transacciones y han dado mayor impulso al comercio.

**Naturaleza.** Ley 1.ª, tít. V, Part. V. *Vendida es una manera de pleito que usan los omes entre si; é facese con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador y el vendedor.* 5.ª, § 1.°, tít. V, lib. XIX, Dig.: *Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est.*

Los modernos Códigos definen la venta: un contrato consensual bilateral, por el que uno de los contrayentes se obliga á entregar cierta cosa y el otro á pagar por ella un precio cierto y en dinero.

Algunos espositores añaden que es un contrato de prestacion mútua, de derecho de gentes, de buena fé, nominado y que se perfecciona por el consentimiento: pero repetiremos con Vinio: *ex verbis definitionis satis intelligitur præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari.* La citada ley define este contrato y exige para su celebracion el consentimiento de las partes y el precio; por consiguiente, si concurren estas circunstancias, hay una verdadera venta y no puede confundirse con otro de naturaleza diferente (S. 18 Diciembre 1866).

En cuanto al nombre, el derecho romano le llamó indistintamente compra-venta: *Veteres in emptione, venditioneque, appellationibus promiscue utebantur* (Ley 19, tít. I, lib. XIX, Dig.). El tít. IV, lib. V del Fuero-Juzgo habla de las *cambias é de las vendiciones.* El Viejo, el Real y las Partidas le intitulan «*de las vendidas é compras*:» algunos Códigos solo usan la palabra venta: el Proyecto del nuestro, compra-venta. La última denominacion parece la mejor, porque el contrato es doble; se llama venta respecto del que vende (vendedor), y es compra respecto del que adquiere la cosa (comprador).

El derecho romano asimiló á la compra-venta varios actos traslativos del dominio, uno de ellos la dacion en pago: *Hujus modi enim contractus vicem venditionis habet* (Ley 4.ª, C. de *Evict.*). Pero aunque trasfiere la propiedad mediante un precio y ha de re-

unir los tres requisitos de la venta, lo cual produce en efecto cierta analogía, le separan de ella varias diferencias.

Una de estas es que como por la dacion en pago, las partes se proponen estinguir una obligacion mas bien que dar vida á una nueva, las cláusulas ambiguas que en el contrato de venta se interpretan en contra del vendedor, aquí donde hace veces de deudor se interpretan á favor suyo. El comprador que en el primero es favorecido como deudor del precio, es considerado en el segundo como acreedor.

Hay todavía otra; pues si yo vendo, v. gr., una cosa por cierta suma compensándola con otra de la que me creia deudor, si llego á descubrir que no la debia, no puedo repetir la cosa, sino solo el precio. Por el contrario, si hubiese dado la cosa en pago de una suma, creyendo que la debia, tengo derecho á repetir la misma cosa, por la *conditio indebiti* ó *condictio sine causa*.

Aparte estas y otras diferencias, conduce á iguales resultados; el deudor está obligado á prestar la eviccion, responde de los vicios y cargas de la cosa, etc.

Los requisitos esenciales al contrato de compra-venta son consentimiento de los contrayentes, cosa cierta por parte del vendedor, y precio fijo y determinado por la del comprador.

## § II.

### *Personas capaces de celebrarle.*

Ley 2.ª—[1] *Aquellos omes pueden comprar é vender que son atales que se pueden obligar cada uno dellos en uno al otro.* [2] *Por ende lo que vendiese el padre al fijo que tiene en su poder, ó el fijo al padre, non valdria, porque non pueden facer obligacion entre sí. Ca como quier que sean dos personas segun natura, segun derecho son contadas por una.* [3] *Mas si el fijo oviese de aquellas ganancias que son llamadas castrense, vel cuasi-castrense, de tales cosas bien podria facer vendida á su padre.*

El contrato de compra-venta es *de genere permissorum*: del gé-

nero de los permitidos: y pueden celebrarle todos los que no tengan incapacidad: *Emere possunt quilibet non prohibiti* (VOET.).

La facultad de disponer de sus bienes, aunque natural y reconocida por todas las leyes, no lo ha sido de un modo tan absoluto que no haya recibido frecuentes limitaciones. En los Fueros municipales, no los primitivos, sino los publicados desde el siglo XII en adelante, la mas general fué la prohibicion de vender á persona privilegiada ó clase poderosa. El Fuero de Cuenca prohibe vender raiz á hombre de órden y monje: *ca como su órden manda é vieda á nos dar y vender heredad, así es fuero, é la costumbre vieda á nos eso mismo.* En el Estatuto de D. Gonzalo, obispo de Toledo, y su cabildo, se ordena que ningun vasallo suyo puede vender ni enajenar, bajo ninguna forma, los heredamientos de su tierra y señorío á rico hombre, ni á otra persona privilegiada, etc. (Crónica de D. Fernando IV). Estaba limitada la prohibicion á los bienes raices, y tenia por objeto una mira política. La historia la ha juzgado, por lo que si la citamos no es como derecho, sino como precedente. En la modesta esfera de la ley civil, que señala un límite á nuestras investigaciones, debemos examinar con preferencia otras causas.

El padre y el hijo no pueden venderse el uno al otro ninguna cosa; pues como quier que son dos segun natura, segun derecho son contados por una. La limitacion desaparece tratándose del peculio castrense *vel cuasi*, bienes de privilegio, respecto de los cuales tiene el hijo autonomía propia, distinta personalidad.

Por respetos de familia, y tal vez con minuciosa solicitud, el legislador ha señalado nuevas restricciones al ejercicio de aquel derecho. Así resulta de la ley 1.ª, tít. VIII, lib. X, Novísima Recopilacion, que prohibe vender al fiado cosa alguna durante sus estudios, y la 17, tít. I del mismo libro, que veda á los mayores ó menores, aunque no estén bajo pátria potestad ni tutela, hacer compras al fiado para pagar á tiempo incierto ó de mejor fortuna, etc.

Ley 4.ª — *Los tutores non deben enajenar las cosas de los*

*huérfanos; fuera cuando les fuese tan gran menester, que non podrian al facer ó por gran pro dellos, é estonce se ha de facer con sabiduría é otorgamiento del juez del lugar. Pero ninguno de los guardadores puede comprar cosa de aquel que tiene en guarda, fueras si lo ficiese con otorgamiento del juez ó de otro que lo oviese en guarda tambien como él. E ha menester que aquello que desta guisa comprare, sea á pro del huérfano é no á su daño. Ca si engañado se fallase el menor por tal vendida, puedela desfacer despues que fuere de edad cumplida fasta cuatro años.*

Prohibe la ley á los tutores comprar los bienes de sus pupilos, como no lo hagan con aprobacion del juez ú otro de los guardadores, y siempre bajo reserva del beneficio de restitucion. Esta prohibicion era relativa, porque el derecho romano permitia al tutor y curador interesarse en las ventas hechas en pública subasta: *Cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli quæ distrahi possunt comparare palam et bona fide prohibetur* (Ley 5.ª, tít. XXXVIII, libro IV, Cód.).

La 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Recop. la hizo absoluta; *todo home que es..... guarda de huérfanos ó otro hombre, ó muger non pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare; y si la comprare pública ó secretamente, pudiendose probar la compra que así fué fecha, non vala y sea desecha, y torne el cuatro tanto de lo que valia lo que compró y sea para nuestra Cámara.*

Gregorio Lopez pregunta si esta ley, la única, tít. V, libro V de las Ordenanzas Reales, corrigió la de Partidas; y despues de recordar la opinion afirmativa de algunos, dice: que como por el antiguo derecho romano podia el tutor, autorizándose el mismo, comprar los bienes del pupilo mayor de la infancia, haciéndolo públicamente y de buena fé; á esto se limitó la reforma: *Si ergo emat bona fide cum auctoritate judicis, vel alterius tutoris, poterit ut hic habeatur* (Glosa 9.ª).

Sin embargo, teniendo presente que la ley comentada autorizaba á los guardadores para comprar los bienes de sus pupilos cuando mediase licencia del juez ó del co-tutor, la reco-

pilada la deroga por completo al disponer, que el guardador no puede comprar pública ni secretamente, ni aun con la licencia del juez ó co-tutor. En esta limitacion se muestran unánimes los Códigos modernos: el tutor y curador están obligados á procurar que las cosas se vendan lo mas alto posible, y podria temerse fundadamente que abierta la puerta recurrieran en las subastas á manejos ocultos en perjuicio de sus representados.

Comprende la prohibicion al hijo del tutor y surte el mismo efecto, aunque la venta se verifique por persona interpuesta: *Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit; quia non bona fide videtur rem gessisse* (§ 3). *Si filius tutoris, vel quæ alia persona juri ejus subjecta emerit, idem erit, atque si ipse emisset* (§ 6.°, ley 5.ª, lib. XXVI, tít. VIII, Dig.).

Lo dicho respecto á los tutores se estiende por analogía á los mandatarios y albaceas..... *Idem porrigendum est ad similia, id est, curatores, procuratores, et qui negotia alia gerunt* (Ley 34, § 7.°, título I, lib. XVIII, Dig.). La recopilada continúa: Ni otro hombre ó mujer, cualquiera que sea, pueda ni deba comprar ninguna cosa de los bienes de aquel ó aquellos que administrare.

La prohibicion de esta ley no comprende al gerente de una sociedad para comprar bienes pertenecientes á la misma (1.° Mayo 1861); ni al administrador respecto de las cosas que administra, cuando el dueño de estas sea el vendedor de las mismas y tenga aptitud para ello; pues el Tribunal Supremo ha declarado (18 Diciembre 1866) que las disposiciones de esta ley especial para los incapacitados de administrar sus bienes, no se refieren, ni pueden comprender á otras personas que á los administradores legales. Si su prohibicion fuese general para toda clase de administradores, lógicamente se inferiria que comprendia á toda clase de dueños de bienes administrados, los cuales deberian á su vez creerse incapacitados para vender como aquellos para comprar, restringiéndose inmotivadamente la libre y omnímoda facultad que tiene todo el que está en pleno goce de sus derechos civiles para vender lo suyo á quien mas le plazca ó mayores ventajas le ofrezca.

La 6.ª del propio código manda *que ninguna persona sea*

*osada de comprar, ni compre de criado ó criada que sirviese á otro cosas de vianda y comer, ni cebada, ni paja, ni leña, n otras cosas de servicio y alhajas de casa, y que el que las comprare, sea habido por encubridor de hurto.*

Con el deseo de impedir los hurtos, la ley no vacila en castigar como encubridores á los que comprasen á menosprecio, como por lo comun sucederia, objetos de ilícita procedencia.

La 4.ª ordena que los ropavejeros no compren por sí ni por interposita persona cosa alguna de almonedas, so pena que pierdan por la primera vez lo que compraren, con otro tanto, y la segunda les sean dados cien azotes.

Citamos esta prohibicion por respeto á la ley recopilada, mas que por su utilidad práctica. Es una de tantas, de carácter restrictivo, como se hallan en este Código relegadas ya á la historia, ó por haber pasado las circunstancias, ó por haber cambiado los principios económicos en que se apoyaban.

La 8.ª del mismo título dispone que ningun platero, forjador, tirador ó viuda de estos, ni otra alguna persona pueda comprar de ningun mancebo, ni de hijo ó doméstico de artífice ni practicante algun oro, plata, piedras finas ni falsas, ni obras ejecutadas, ni cosas pertenecientes al referido arte bajo la pena de cien ducados la primera vez, etc.

Esta ley formaba parte de las Ordenanzas generales de la platería, y las citamos, porque aun siendo diferente la legislacion que hoy rige en las industrias, todavía puede ocurrir que un hijo de familia ó doméstico vaya á vender objetos de joyería, y ningun artífice ó platero debe comprarlos por la vehemente sospecha de que hayan sido robados.

Ley 5.ª, tít. V, Part. V.—[1] *Adelantado ó otro juez cualquier que sea puesto para juzgar ó facer justicia en alguna tierra, ciudad ó villa no puede comprar heredamiento, ni casas él ni otro por él, ni otrosi ninguno de su compañía en aquella tierra, ni en aquel lugar sobre que son apoderados. Fueras las cosas que non podrian escusar, como las que oviesen menester para comer, beber ó vestir.* [2] *Pero si cualquiera destos oviese alguna heredad ó otra cosa que oviese heredado de su padre ó de alguno*

*de los otros parientes ó ganado en otra manera, antes que le oviesen escogido para este oficio, bien la puede vender á los de aquel lugar.*

Aunque la dignidad de adelantado ya no existe, la ley se refiere á los encargados de administrar justicia, y tiene por objeto impedir que abusen de la influencia de su cargo, comprando por sí ó por otro de su compañía fincas rústicas y urbanas en el territorio donde ejercen jurisdiccion; á menos que las tuviesen heredadas de sus padres ó parientes ó las hubiesen adquirido antes de desempeñar su cargo, que entonces podrian venderlas como cualquier particular.

La ley única del tít. LIII, lib. I del Código, por motivos de órden público, estableció esta prohibicion, que bajo esta ú otra forma ha encarnado despues en el derecho.

La ley 3.ª, tít. XI, lib. VII, Nov. Recop., consigna entre las obligaciones de los gobernadores y corregidores, la de que ni ellos ni sus oficiales, por sí ni por otro compren heredad alguna, ni edifiquen casa sin licencia y especial mandato en la tierra de su jurisdiccion, ni usen en ella de trato, de mercaduría, ni traigan ganados en los términos y baldíos de los lugares de su Corregimiento, so pena que el que lo contrario hiciere, pierda lo que así comprare ó edificare para la nuestra Cámara.

Segun el Código penal reformado, art. 415, los jueces, los empleados del ministerio fiscal, los jefes militares, gubernativos ó económicos de una provincia ó distrito, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclaren directa ó indirectamente en operaciones de agio, tráfico ó granjería dentro de los límites de su jurisdiccion ó mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspension y multa de 50 á 500 duros.—Esta disposicion no es aplicable á los que impusieren sus fondos en acciones de Banco ó de cualquier empresa ó compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervencion directa administrativa ó económica.

Todavía mas justa que esta prohibicion es la de la ley 4.ª,

tít. XIV, lib. V de la Nov. Recop. *Mandamos que en las almonedas que se ficieren por mandado de nuestros alcaldes no puedan ellos ni otra persona alguna en su nombre sacar cosa alguna de lo que en la tal almoneda se vendiere.*

Goyena ve en esta doctrina una consecuencia de los principios religiosos que velan sobre la sociedad del ministerio judicial. Importa á la sociedad que los encargados de administrar justicia puedan ser respetados como si fueran la misma justicia. Deben tranquilizar á las familias por sus luces y virtudes, no alarmarlas con negociaciones hostiles é interesadas: lo contrario, *non emptio sed ereptio erit.*

Es deber de ellos evitarlo aun á sus dependientes y subordinados. La ley 4.ª, tít. XXIX, lib. XI, Nov. Recop. previene que los alcaldes mayores no consientan que sus alguaciles compren bienes ejecutados por sí ni por interpósitas personas so pena que lo pagarán con el cuatro tanto.

## § III.

### *Requisitos de la compra-venta.*

#### CONSENTIMIENTO.

#### ARTÍCULO 1.°

*Necesidad y modo de cumplir con este riquisito.*

Ley 8.ª, tít. V, Part. V.—*Estando delante el comprador é el vendedor pueden facer la vendida: é aun podria ser fecha, maguer el uno estoviese en un lugar é el otro en otro por cartas ó por mandaderos, consintiendo ambos á dos en uno en la vendida é pagándose el comprador de la cosa é el vendedor del precio. E aun se podria facer la vendida, maguer non esté la cosa delante, consintiendo ambos en ella.*

Pueden los contrayentes prestar el consentimiento en el acto, ó por cartas ó por intermediario, y no se necesita que la cosa esté delante; vale aunque no esté á la vista con tal que

convengan en ella (Ley 2.ª, tít. VII, lib. XLIV, Dig.): *Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus..... unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuncium.*

El consentimiento ha de recaer sobre los tres elementos constitutivos de este contrato: la cosa que es su objeto, el precio y la venta.

Cuando el consentimiento se verifica de palabra ha de prestarse simultáneamente, aunque los contrayentes se tomen tiempo para deliberar: las palabras de la ley, *consintiendo ambos á dos en uno denotan: quod consensus vendentis et ementis debet intervenire simul.*

Es válido el contrato verificado por cartas. Una carta es el pensamiento manifestado por escrito á un ausente. Cuando este iniciado en las intenciones del autor contesta aceptando la proposicion existe el concurso de dos voluntades, y el contrato está formado.

¿Y cuál es el momento preciso en que la venta contraida en esta forma adquiere la perfeccion? La dificultad de esta cuestion largamente debatida por los intérpretes, desaparece fijándonos en las circunstancias que han de acompañar al consentimiento. El autor de la carta debe perseverar en su propósito no solo hasta la recepcion de la carta, sino despues hasta el momento de recibir la adhesion del correspondiente. Aun así no es perfecto, porque la aceptacion del último solo es para el autor de la oferta un *propositum in mente retentum*, y puede retractarse; se necesita que haya recibido la respuesta conteniendo lisa y llana la aceptacion. Para que la correspondencia de los interesados constituya prueba de haber convenido en la venta, ha de contener la manifestacion de un asentimiento bilateral; pues si solo se produjese la carta del que hubiere hecho la oferta sin la respuesta del otro, faltaria la base del contrato: *duorum placitum consensus*. En el terreno probatorio surtiria el mismo efecto cualquier acto de ejecucion que equivaliese á la respuesta.

Cuando el autor de la proposicion se retracta, si ha causado gastos á su correspondiente, está obligado á abonárselos segun opinion de los intérpretes que nos parece equitativa.

Para que valga la venta celebrada por procurador, es circunstancia precisa que tenga poder especial: el poder general no basta, aunque esté concebido con la cláusula de que pueda el procurador hacer todo lo que haria el principal si estuviere presente: pues al fin no es dueño y se trata de una enajenacion.

La venta admite las mismas modificaciones que los demás contratos. Puede ser pura ó condicional. Si la condicion fuese suspensiva, es perfecta en el sentido de que ninguno de los contrayentes puede retractarse sin consentimiento del otro: mas adquiere su verdadera perfeccion por el acontecimiento de que depende: *conditionales venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio* (Ley VII, Dig., de *Cont. empt.*). No habiendo trasferido la propiedad, ínterin la condicion está en suspenso, el vendedor, como dueño que es de la cosa corre los riesgos, percibe los frutos y hasta puede enajenarla; si bien con la circunstancia de que cumplida la condicion, la venta quede nula por el principio: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Faltando la condicion, la venta por de contado se anula: *actus conditionalis defecta conditione nihil est* (Ley 8.ª, Dig., de *Per. et com. rei vend.).*

Seria inútil empeño anticipar todos los pactos por los que pueden los contrayentes modificar este contrato, no obstante que Justiniano tuvo esta presuncion. Por lo que nos limitaremos á recordar aquellos de los que mayor uso se hace en la práctica.

La venta puede hacerse en conjunto, ó por peso, cuenta y medida. Bajo la primera forma es simple, y se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Una venta á ojo ó como dirian los romanos, *per aversionem*, seria si yo dijese: te vendo en mil duros el trigo que tengo en mi granero. Si se celebra de la otra manera, como que antes de verificar el peso y la medida, no hay cuerpo cierto y se ignora lo que se ha vendido, la perfeccion de la venta permanece en suspenso hasta que tenga lugar dicha operacion. La venta, por consiguiente, es condicional: *Quia venditio sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos, quasve admensus eris, aut in singulas li-*

*bras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quæ adnumeraveris* (Ley 35, § 5.°, Dig. de *Cont. empt.*).

Las cosas fungibles, por lo comun, se compran bajo condicion de que sean probadas y gustadas, y no debe omitirse esta diligencia, porque no existe consentimiento hasta que recaiga la aprobacion: *Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc perficitur ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur* (Ley 34, § 5.°, Dig. id.).

Con esta especie de venta guarda relacion la que se verifica á ensayo, cuya condicion puede intervenir como resolutoria ó como suspensiva. De una y otra cosa presentan modelo las leyes romanas, sin que para distinguirlas haya regla mas segura que estudiar los términos de la convencion.

Segun el art. 1375, Proy., la venta hecha con sujecion al ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumen hechas siempre bajo condicion suspensiva.

### Artículo 2.°

*Defectos en el consentimiento.*

Falta el consentimiento ó equivale á no haberle prestado si intervino fuerza, error ó dolo.

Fuerza: *Fuerza nin premia non debe ser fecha á ninguno de vender lo suyo ni otrosí de comprar, si no quisiere; é si alguno la ficiese á miedo non valdria* (Ley 3.ª, tít. V, Part. V). *La vendicion fecha por fuerza ó miedo non vala* (Ley 3.ª, tít. IV, lib. V del F. J.).

No se puede concebir la posibilidad de una venta, herida por este vicio, que anula todos los contratos. La propiedad perderia uno de los mejores atributos si el dueño no fuera libre para emplearla á su alvedrío, exento del peligro de que se le obligue á vender ó comprar lo que no necesita, ó que no quiere. Ante la potestad dominica se detiene el legislador, el cual no pide á un particular la suya sino por motivos de interés público y prévia indemnizacion.

No pueden citarse como negacion de aquel derecho la tasa y otras medidas, porque estas precauciones fueron un remedio mas que un principio, y, de toda suerte, aunque censurables han sido producto de errores económicos. Las leyes restrictivas del tít. XIX, lib. VII, Nov. Recop. fueron derogadas por el artículo 8.° del Decreto de las Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 30 de Agosto de 1836; por el cual se concede que puedan venderse libremente y sin sujecion á tasa ni postura toda clase de frutos, así como los ganados, los productos de caza y pesca, y las obras de trabajo é industria sin que ni persona alguna ni corporacion ó establecimiento pueda alegar preferencia en las compras de estos objetos.

Este es el derecho comun: esta es la regla: de las disposiciones adoptadas por la Administracion en materia de subsistencias ó sobre exaccion de impuestos para el levantamiento de cargas públicas no debemos ocuparnos, por lo que nada decimos de la Real órden de 20 de Enero de 1834, modificada por la de 18 de Julio de 1839, así como tampoco de la Real órden de 16 de Setiembre de 1846, 5 de Marzo de 1847 y otras posteriores.

Error..... *Si discordaren en la cosa sobre que fué fecha la vendida no valdria. Esto seria como si el vendedor dijese que le habia vendido una viña ó pieza de tierra que era en algun lugar, señalándola, é el comprador dijese que no habia entendido de aquella, mas de otra que señalase en otro lugar* (Ley 20).

No hay materia de consentimiento si uno imagina vender cierta cosa, y el comprador cree adquirir otra. La ley declara nula la venta cuando el vendedor dijese que habia vendido tal viña ó tal pieza de tierra en tal término, y el comprador alegase que habia entendido que era otra de distinto sitio, etc.

Ley 9, Dig. de *Cont. empt.*: *si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihite vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus emptio nulla est. Idem si..... etc.*

Ley 21.—[1] *Laton vendiendo un ome á otro por oro, ó estaño por plata ó otro metal, uno por otro, non valdria tal vendida.* [2] *Otrosí etc.*

El derecho romano declaró nula la venta verificada por error que recayese sobre la materia: *nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur* (Ead., L. § 2.°).

A su ejemplo repitió el de Partidas no valdria la venta si uno vendió á otro laton por oro, estaño por plata, y en general una especie por otra, y hasta un sexo por otro.

Si el error recayese sobre un accidente de la cosa, v. gr., no ser el oro de tan buena calidad como supuso el vendedor daria lugar á una indemnizacion sin producir la nulidad, como no se tratara de un vicio oculto, caso diverso sobre el cual existen leyes especiales que pronto analizaremos: *Aliter, atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet* (Ley 10).

El error en el nombre de la cosa no obsta para la validez de la venta, siempre que reuna los demás requisitos: *Nihil facit error nominis cum de corpore constat* (Ley 9.ª, § 1.°).

Doctrina que la citada ley 21 de Partida aclara por el siguiente ejemplo: *Aviendo algun ome dos siervos, el uno de un menester é el otro de otro; si el señor era sabidor de los nomes dellos, aquel será vendido, que nombró, maguer errase en el menester. Mas si non fuese sabidor de los nombres, estonce será vendido, el que nombró por su menester, maguer errase en el nome.*

El error en el número ó en la cosa vendida tampoco anula la venta, pero puede dar lugar á que aumente ó disminuya el precio, segun los términos del contrato. No daria lugar á alteracion si la venta se hizo en globo, como á veces se hace la de las tierras, dándole tal número de fanegas, de mojones para adentro, pero le modificaría cuando el contrato se sujetase á medida, porque si se espresaron diez y ocho fanegas, estipulando para cada una de ellas su precio determinado, y luego resultaran mas, habria que pagar la diferencia. No hay ley española que resuelva este caso; pero muchas romanas le deciden. Salas, Dig. Rom. Esp., lib. XVIII, tít. I, núm. 4; donde cita á otros.

Dolo. Ley 57, tít. V, Part. V.—[1]*Heredad, casa, viña ó otra cosa aviendo un ome en algun lugar, do no estuviese, nin sopiese*

*cuanto valia, nin la oviese nunca visto, é non habiendo voluntad de la vender, si otro alguno le moviese razones engañosas de manera que gela oviese de vender; tal vendida se puede desfacer, é non vale; quier sea fecha por menos de lo que vale quier non.* [2] *Mas si este cuya fuese la cosa hubiese voluntad de la vender é el comprador le ficiese engaño, encubriendol alguna cosa de las quel pertenescen á la heredad ó á la cosa que vendia; ó faciendol creer engañosamente que maguer algunas cosas pertenesciesen á la heredad, digese que estaban en poder de alguno, que estaban malas de cobrar é que eran perdidas, vale la vendida por que el vendedor ovo voluntad de lo facer. Pero el comprador es tenudo de enmendar aquel engaño que fizo, de manera que haya el precio derecho que podria valer aquella cosa que le vendió con las sus pertenencias que fueron engañosamente encubiertas.*

El dolo causante del contrato le anula; si solo es incidente, produce derecho al resarcimiento del daño. La ley hace aplicacion de un principio general al contrato de compra-venta.

En el primer ejemplo, el dolo es principal, porque yo sin ver, ni conocer, ni querer vender una cosa, la vendi á otro cediendo á engañosas insinuaciones. La venta, aunque celebrada es nula; así debe entenderse la frase *se puede desfacer*: *scilicet quatenus de facto processit; nam de jure nulla est cum dolus dederit causam contractui* (Glosa 1.ª).

La ley 7.ª, tít. III, lib. IV, Dig. dice: *nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.*

En el segundo, es incidente, porque yo queria vender y lo que el comprador buscaba y consiguió, fué adquirirla, á menos precio, ocultándome alguna particularidad de la finca ó haciéndome creer que algunas de sus pertenencias estaban ocupadas por otro, y si no perdidas, eran malas de recobrar. Como estas falsedades necesariamente habian de influir en el precio, el comprador debia indemnizar el perjuicio.

La accion del contrato basta sin necesidad de emplear la de dolo: *si quis adfirmavit minimam esse hæreditatem, et ita eam ab hærede emit, non est de dolo actio: cum ex vendito sufficiat* (Ley 9.ª, tít. III, libro IV, Dig., etc.).

El que se deje sorprender teniendo conocimiento del engaño carece de accion para quejarse conforme á la regla de derecho (Ley 25, tít. XXXIV, Part. VII): *el que se deja engañar entendiendolo, non se puede querellar como ome engañado; porque non le fué fecho encubiertamente, pues que lo entendia.*

La persona que sabedora del dolo no le opusiera al exigírsele el cumplimiento del contrato, pierde tambien el derecho para hacer la competente reclamacion, segun dispone la ley 28, tít. XI, Part. V, citada al hablar de las obligaciones meramente civiles *dolus ex solutione purgatur* (Glosa 6.ª). Puede consultarse sobre lo mismo la 49, tít. XIV.

Ley 12.—[1]*Engañosamente queriendo vender un ome á otro el fruto de alguna yegua ú otra cosa semejante, diciendo que era preñada, sabiendo que era mañera, vale la vendida como quier que es fecha con engaño. Pero el vendedor tenudo es de dar al comprador la estimacion que podria valer el fruto de la yegua ó refacerle todos los daños que le vinieron por esta razon.* [2]*Lo mismo seria si vendiese el fruto de alguna viña ó de algunos árboles ó otra cosa semejante; sabiendo que non levaba fruto ó faciendo maliciosamente algun engaño porque non levase. Ca tenudo es de darle la estimacion de los frutos con los daños que le vinieron porque non los ovo.*

El dolo no en todos los casos anula la venta: si uno vende una yegua suponiendo que está preñada no estándolo ó no pudiendo serlo, ó lo mismo una viña con sus frutos sabiendo que no los puede dar, ó trabajando porque no los dé, la venta es válida, si bien quedará obligado el vendedor á pagar la estimacion de los frutos presupuestos ó los daños y perjuicios. Los accesorios son aquí independientes de la cosa principal: no de otra suerte se esplica que la venta valga, como quier que es fecha con engaño.

Ley 14.—[1]*Vendiendo un ome á otro casa, molino ó otro edificio, si fuese derribado, quemado ó destruido en alguna manera, non lo sabiendo el comprador, non valdria la vendida, maguer el que lo vendiese cuidase que era sano cuando lo vendiese, é non supiese que era quemado ni derribado. Lo mismo seria, si*

*le vendiese algunos árboles que fuesen en otro lugar, non valdria la vendida, si los árboles fuesen cortados ó quemados ó arrancados en la sazon que los vendió. Otro tal seria si aquella cosa vendida fuese quemada ó derribada la mayor parte della. Si fuese la menor parte della quemada, ó derribada, valdria la vendida. Mas deben facer sacar del precio cuanto asmaren que vale la cosa menos, por razon de aquello que era quemado ó derribado á la sazon que fué fecha la compra. [2]Pero si á sabiendas vendiese un ome á otro alguna cosa que era quemada ó derribada diciendo el que la vendia que era sana, non vale la vendida, porque non se puede vender la cosa que non es. Esté que así vendió es tenudo de pechar al comprador todos los daños quel vinieron por esta razon, por engaño que fizo á sabiendas, vendiendo lo que sabia que non era. Si la cosa fuese quemada ó derribada della, é non toda, estonce valdria la vendida. Mas seria tenudo de pechar al comprador el menoscabo é los daños quel vinieron por esta razon. E debe ser creido sobre ellos con su jura, con estimacion del juzgador. [3]Otrosí, si algun ome vendiese á otro alguna cosa que fuese quemada ó derribada, della é non toda, é el comprador supiese que era atal é non lo supiese el vendedor, estonce tenudo seria el comprador de pagar el precio todo. Mas si aquel que vendiese la cosa quemada, ó derribada, por tal cual es, faciendolo entender al comprador, valdria la vendida.*

La compra-venta de una cosa que deje de existir antes de celebrarse el contrato, es nula. Principio general consignado en la ley 15, tít. I, lib. XVIII, Dig.: *Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.*

En él se funda la primera parte de esta ley: si uno vende casa ó molino, quemado ó destruido, ignorando que lo estuviese, antes bien creyéndolo sano, y lo mismo si vendiese árboles tambien cortados ó quemados, cuando él los creia vivos, la venta es nula.

Podria creerse subsistente, respecto del solar, como parte de la casa; pero no es así, porque la compra no se hizo por contemplacion del suelo sino respecto del edificio, y falta materia para el contrato cuando de este nada queda.

*Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoremus? Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis area maneat; pecuniamque solutam condici posse aiunt* (Ley 57, Dig. de *Contr.-empt.*).

Lo mismo sucede con la compra de árboles: *Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante venditore: sive autem emptor sciebat vel ignorabat, vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt* (Ley 58, Dig., id.).

Es igualmente nula la venta de una casa destruida en su mayor parte, no cuando fuere al contrario, pero en este caso habria que rebajar del precio el valor de la parte destruida.

En la ley 57, antes citada, Paulo, proponiéndose varios casos, añade: *Sed si pars domus maneret, Neratius ait in hac quæstione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem; sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere, æstimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur.*

En el presente caso no tiene lugar la indemnizacion con arreglo á la ley, cuando se establece en el contrato el pacto espreso de que la venta se verifica en el estado en que la finca se encuentre, y fuese aceptado ese pacto por el comprador (S. 17 Marzo 1864).

Si uno vende á otro cierta cosa quemada ó destruida á sabiendas de que lo está y diciendo lo contrario, es nula la venta, porque no puede venderse la cosa que no existe, y queda obligado á abonar al comprador daños y perjuicios.

Nuevo caso espreso tambien en dicha ley: *Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit.*

Si quedase parte de la cosa de modo que no toda estuviese destruida, se sostendria la venta con igual responsabilidad por parte del vendedor de abonar perjuicios tasados á regulacion del juez y prévio juramento del comprador.

*Si vero quantacumque pars ædificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emptori quod interest restituere.*

La fuerza probatoria del juramento era propia del contrato, pues segun la ley 5.ª, Dig. *de in lit. jur*: *In actionibus in rem, et in ad exhibendum et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.*

Si uno vende alguna cosa quemada ó destruida en parte, no toda, ignorante de que lo esté, pero sabiéndolo el comprador, la venta es válida y tendria este que pagar el precio. Lo mismo seria si se hubiese concertado la venta de una cosa en el estado que tenga ó tal cual sea, advertido de antemano el comprador.

Supone la ley que la cosa subsiste en parte, porque si estuviese destruida del todo la venta seria nula. Y dice que haya de ignorarlo el vendedor, porque si ambos supieren que la cosa estaba destruida en parte, se compensaría el dolo, y no se daria accion *ex empto*, porque entre dolosos no aprovecha el contrato de buena fé: *Quod si uterque sciebat, et emptor et venditor domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando: et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente* (§ 3.°, dic. ley 57).

Las palabras con que termina la ley deben llamar la atencion porque da á entender que sabiendo los contrayentes que la cosa habia sido destruida vale la venta, y si tal es se aparta de su original la ley 57, que niega en todo caso la posibilidad de la venta de una cosa que no existe.

Tal vez hay para esto una razon; al que obra con conciencia de una cosa no se le hace injuria; algo se propone el comprador adquiriendo una cosa en el estado que tiene, si no es la casa, sus despojos, el área, etc.

## COSA.

### Artículo 1.°

*Cosas que pueden comprarse y venderse.*

*Nec emptio nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi;* ley 8.ª, Dig. de *Contr. empt.* El jurisconsulto Paulo, atendiendo á las cosas sobre que puede recaer este contrato, decide que será válida la venta de cualesquiera cosas que puedan tenerse ó poseerse ó reclamarse: *omnium rerum, quas quis habere, vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit...* (Ley 34, § 1.°).

La 11, tít. V, Part. V, la mas terminante del derecho patrio dice: [1]*Compra ó vendida pueden los omes facer tambien de las cosas que non son, nin parescen como las que son é se pueden mostrar. Como si un ome vendiese á otro el fruto de alguna bestia que estuviese preñada ó de viña ó tierra ó cosa semejante. Ca como quier que la cosa non parece aun cuando la vende, con todo vale la vendida, pues que se señaló la cosa onde debe salir el fruto sobre que se face la vendida. Pero si la cosa non diere fruto ninguno de si, non seria tenido el comprador de darle el precio, fuera si la oviese comprado á la ventura.* [2]*Otrosi podria ome comprar la cosa que non fuere aun cierta: como si algun ome pescase, ó cazase, é dijese á otro: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares ó cazares: ca si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdria la vendida.* [3]*Otrosi si el comprador dijere que quiere atender á su ventura, si sacase alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiese ó matase el pescador alguna cosa, fasta ora cierta del dia ó todo el dia; maguer non prenda ninguna cosa, es tenido el comprador de darle el precio quel prometió.*

El argumento de la ley es uno, mas se resuelve ó descompone en tres hipótesis: 1.ª vale la venta de cosas futuras como la de las cosas actuales y presentes. El dueño de una viña ó de una bestia preñada puede vender el fruto, mas que no aparezca; pero si la finca fuese tal que no diese frutos, el comprador

tampoco tendria que dar el precio como no hubiere comprado á la aventura.

Aunque sea la cosa requisito indispensable, no siendo precisa la existencia de presente, vale la venta de los frutos: *et tamen fructus et partus futuri recte emuntur; ut, cum editus pactus esset partus jam tunc venditio facta intelligatur*. Basta que exista la cosa que pueda producirlos *sufficit quod sit res ex qua possit produci quod emitur* (Glosa 2.ª).

Si no diese fruto ninguno, como que lleva implícita esa condicion no valdria la venta, á menos de haberse verificado el contrato á todo riesgo: *tunc enim emptio consistit in sola spe et videtur emi ut alea* (Glosa 5.ª).

Cosa incierta es el producto de la caza ó pesca. Puede uno comprar la primera pieza que el cazador ó pescador mate, y si este consiente, vale la venta, aunque no sabe lo que será: en este caso segun frase de los doctores, hay compra de lo que se espera: *rei speratæ emptio*; y es de rigor que exista la cosa.

Pero puede verificarse el contrato por un tanto alzado (que es la tercera hipótesis), entonces como lo que se compra es una esperanza *(spei emptio)*, el comprador corre un azar, y tendrá que pagar el precio, aunque la caza y la pesca sean completamente infructuosas. Pomponio dice, aunque con poca exactitud, que habia una compra-venta sin cosa. *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur: emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit: quia spei emptio est* (Ley 8.ª).

Pueden venderse las cosas corporales é incorporales como las servidumbres: *Hujus rei emptionem posse fieri dixi, quæ ex meis ædibus in tuas ædes projecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat: deque ea re ex empto agi* (Ley 80, § 1.°, de *Cont. emp.*).

Los créditos: Una cosa singular *(res singularis)* ó una universalidad *(universitas)* como un rebaño, una herencia, la especie y el género etc.

### Artículo 2.°

*Cosas escluidas de la venta.*

Las cosas escluidas del comercio de los hombres no pueden ser objeto de este contrato. Paulo asentó esta doctrina: *quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt earum, nulla venditio est* (Ley 34).

El derecho la ha confirmado escluyendo de la venta las siguientes:

Ley 15.—[1]*Ome libre é la cosa sagrada ó religiosa ó santa ó lugar público así como las plazas, é las carreras, é los ejidos, é los rios é las fuentes que son del rey ó del comun de algun concejo non se pueden vender ni enagenar.* [2]*E como quier que dijimos de suso que la cosa sagrada ó religiosa ó santa se non puede vender, razon y a en como se podria facer vendida della. Esto seria como si un aldea ó otro lugar vendiesen con todas sus pertenencias. Ca maguer la Eglesia nin las cosas della non se podrian vender apartadamente, con todo pasan con las otras cosas, é vale la vendida.*

La primera cosa esceptuada es el hombre libre, á lo cual dedica una ley entera, la 8.ª, tít. X, lib. III, el Fuero Real; pero de una y otra prescindimos por ser harto conocido el fundamento de esta prohibicion.

La segunda es la cosa sagrada, religiosa ó santa; las leyes romanas no sirven del todo para formar cabal idea de esta escepcion por haberse alterado esta terminologia; sin embargo, las cosas dedicadas al culto y que por motivos religiosos están fuera del comercio de los hombres, no son susceptibles de compra-venta sino por escepcion.

Aunque una iglesia no pueda venderse por sí y apartadamente, si se vendiese un pueblo con todas sus pertenencias, se entenderia comprendida la iglesia.

Por derecho romano, si un lugar religioso era muy reducido, se consideraba incluido como accesorio en la compra que se hiciese de la heredad ó terreno en que estuviese situado: *Hanc*

*legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere* (Ley 22, Dig. de *Cont. empt.*, Id. la 24.)

Es doctrina canónica que los derechos unidos á las cosas se trasmiten como accesorios de esta por medio de la venta como sucede con el de patrono, que vendida la heredad ó villa á que va unido, pasa juntamente con ella al nuevo poseedor (Cap. 7.°, tít. XXXVIII de las Dec.).

Pueden venderse aunque sea separadamente con tal que se enajenen con aprobacion eclesiástica en los casos señalados por la ley 1.ª, tít. XIV, Part. I, á saber: 1.° *Por grande debda que debiese la eglesia que non se pudiera quitar de otra manera:* 2.° Para redimir sus parroquianos de cautiverio, si no tuviesen ellos de que librarse: 3.° Para dar de comer á pobres en tiempo de hambre: 4.° Para hacer su iglesia: 5.° Para comprar lugar cerca de ella para crecer el cementerio: Y 6.° Por bien de la iglesia para comprar otra mejor.

Están prohibidas absolutamente las llamadas públicas y de aprovechamiento comun de los pueblos, como caminos, plazas, ejidos, rios, fuentes, etc.: *Ea enim quæ sunt in usu publico, quæ publica sunt usu et proprietate non possunt vendi, neque sunt in commercio* (Glosa 2.ª L. 15.)

Ley XVI.—[1]*Marmol ó otra piedra ó madera ó otra cosa cualquier fincada en alguna casa por pro ó por apostura della, non la deben tirar ende para vender, é si alguno la tira, non debe valer la vendida.* [2]*Pero si alguno ficiese contra esto, vendiendo tal cosa, si esta pasase á poder del comprador, debe fincar con él. Mas tenido es el que le compró de dar el precio á la corte del rey con otro tanto de lo suyo. E si el precio oviese dado el comprador, debegelo tornar, é el que la vendió debe otrosi pechar otro tanto de lo suyo cuanto era el precio porque vendió la cosa.*

El derecho romano dictó esta disposicion, que por su objeto parece una ley de policía: *Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quos plus sibi acquireretur.....* (Ley 52, Dig. de *Cont. empt.*). De allí pasó al de Partidas, donde como precaucion, ha podido ser

útil para impedir que se afeen las ciudades con ruinas; pero que es dudoso que subsista, atendida la libertad que el dueño tiene para disponer libremente de sus cosas: el que hoy venda alguna cosa afija á su casa, tiene derecho al precio convenido, con tal que la venta no perjudique á la seguridad publica ó empeore el aspecto de la poblacion, pues entonces quedará obligado á las reparaciones que dispongan los estatutos municipales.

Ley XVII.—*Ponzoña, ó yerbas, ó venino, ó otra cosa mala de aquellas con que ome pudiese matar á otro, comiendola ó bebiendola, non las debe ninguno vender ni comprar. Pero especias y a que han en si parte de venino que las pueden bien vender é comprar, así como escamonea ó cosa semejante, que maguer sean de tal natura usan los omes dellas en las melecinas, porque aquella maldad que han pueden gela facer perder mezclandola con otras cosas.*

La ley 35, Dig., de *Cont. empt.*, que dió origen á esta ley, fundó esta prohibicion al parecer en la malignidad del objeto, suponiendo que un objeto nocivo no era materia á propósito para la venta, como no valia la sociedad ó el mandato de un acto culpable: *veneni mali quidam putat non contrahi emptionem: quia nec societas, aut mandatum flagitiosæ rei, ullas habet vires.* Ciertas sustancias son de uso peligroso, y conviene retirarlas de la circulacion para impedir los efectos del descuido ó de la malicia. Pero aun los venenos tienen aplicaciones útiles, solos ó en combinacion, segun las prescripciones de la ciencia; por lo cual aquella ley hizo, como no podia menos, esta aclaracion. *Quæ sententia potest sane vera videri de his, quæ nullo modo, adjectione alterius materiæ, usu nobis esse possunt: de his vero, quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti, et alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.* Podrian colocarse en igual caso los libros prohibidos: *Eo quoque referendi libri improbæ lectionis, qui statim consumi seu comburi debent* (Ley 4.ª, § 1.°, *fam. ercisc. etc.*)

VENTA DE COSA PROPIA. Ley XVIII.—[1] *La su cosa misma ningun ome la puede comprar, é si por ventura la comprase non lo sabiendo, debe cobrar lo que dió por ella. Esto se entiende cuando la cosa es toda suya. Mas si algun otro oviese parte en*

*ella, valdria la vendida en tanta parte, cuanto es aquello que es ageno, é non suyo.* [3]*Pero si un ome tuviese en su poder ó en su tenencia alguna cosa que fuese de otro, aquel que ha la propiedad é cuya es la cosa, bien podria comprar la tenencia que el otro habia en ella, é valdria tal vendida.* [3]*Si el que fuese tenedor de alguna cosa comprase de otro algun derecho ó servidumbre que oviese en ella misma, valdria la vendida.*

Cuando uno compra cosa que le pertenece, como que falta la materia del contrato, la venta es nula. Esta parte, primera de la ley, es conforme con la 16, Dig., *dich. tit.*: *Suæ rei emptio non valet sive sciens, sive ignorans emi: sed si ignorans emi quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.* Gregorio Lopez observa: *quod in contractibus est quædam digressio de persona in personam respectu acquisitionis, et ideo requirit duo extrema* (Glosa 1.ª).

Pero se puede comprar la parte que á otro corresponda en la misma cosa ó la posesion de cosa propia que se halle en poder de otro, y en lo general, todo derecho que disminuya el dominio; y esta segunda parte acepta los principios que rigen en materia de condominio y reproduce nuevos fragmentos romanos, uno de ellos el 34, § 4.°: *Rei suæ emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emas, quam forte venditor habuit: et in judicio possessionis potior esset.*

Puede tambien comprarse la misma cosa, bajo la condicion, si no le perteneciese, por tener fundados motivos para creer que perderia su dominio: *Existimo posse me id, quod meum est sub conditione emere: quia forte speratur meum esse desinere* (61).

VENTA DE COSA AJENA. Ley 19.—[1]*Cosa ajena vendiendo un ome á otro valdrá la vendida.* [2]*Pero aquel que tal compra face, ó sabe que aquella cosa non es del que gela vende ó cree que es suya. Si sabe que es ajena, maguer la torne despues por juicio á aquel cuya es, non es tenudo el vendedor de tornarle el precio, fueras si cuando gela vendió, se obligó que la tornase, si aquel cuya era la cosa, la demandase é la cobrase. Mas si no supiese que era ajena cuando la compró, estonce non seria el vendedor tenudo solamente de pechar el precio, mas todos los daños é menoscabos que le viniesen por razon de la vendida.*

El derecho romano decidió por una de sus famosas sutilezas que la venta no tenia por objeto hacer al comprador dueño de la cosa, si no trasmitirle su posesion y eviccionarle. De aquí dedujo como consecuencia que la venta de la cosa ajena era permitida. Pero usando á la vez de aquella admirable lógica, merced á la cual supo deducir consecuencias justas de principios aparentemente absurdos, limitó esta facultad poniendo á salvo los derechos del dueño: *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest* (Ley 28, tít. I, lib. XVIII, Dig.).

El vendedor contrae, respecto de la cosa, las obligaciones que constituyen la compra-venta, lo cual basta para que haya contrato; mas como su relacion es personal é independiente de la que tiene la cosa con el dueño por el título absoluto de su dominio, éste, que permanece estraño á aquella relacion, persigue la cosa donde la encuentra y puede reivindicarla del vendedor: *Sed res emptori auferri potest*.

Mas práctico el Fuero Real prescindió de esta metafísica, declarando nula la venta de las cosas ajenas sin licencia del dueño: *Ningun ome venda casa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandado é voluntad de su señor: é si alguno lo ficiere, no vala, é haya la pena que manda la ley, tambien el vendedor como el comprador si lo compró á sabiendas* (Ley 9).

Esto, que era lo justo, ha venido á ser lo legal; el artículo 1599 del Código francés declara nula la venta de la cosa ajena. Pero como el resultado viene á ser el mismo, y al fin la ley es ley, repetimos que la venta de una cosa ajena es válida.

Lo esencial es determinar la posicion respectiva de los contrayentes, á lo cual provee, aunque con poca precision, en el siguiente párrafo. El comprador fué ó no cómplice de la venta; si sabiendo que era ajena la compró, mas que pierda la cosa, no está el vendedor obligado á devolverle el precio como no se hubiera impuesto este compromiso. Ahora bien: ¿qué aplicacion tiene este precio? ¿Quedará en favor del vendedor que puede ser culpado de la misma falta? De ninguna manera; por lo cual, ó vuelven las cosas al estado que tenian antes de hacer-

se la venta, sufriendo cada cual las consecuencias de un hecho punible, ó se hace lo que propone el comentador: *quando contractus est prohibitus, quod aplicētur fisco.*

Si hubiera comprado de buena fé, ignorando aquella circunstancia, tendria derecho á pedir no solo el precio, sino la indemnizacion de perjuicio. Pero aquí tropezamos con otra omision de la ley: ¿no podria ser que el vendedor hubiese procedido por equivocacion creyendo que la cosa era suya? El caso es posible: sin embargo, la escepcion establecida en favor del comprador, por punto general no es aplicable al vendedor, en quien no tiene disculpa la ignorancia. Juliano previó el caso en que un individuo vendió por error, como esclavo, un hombre libre, y decide que es responsable para con el comprador. Hay una razon potísima para declararlo así: el error sobre un derecho de propiedad es menos escusable que sobre una cualidad de la cosa.

Esta materia conduce á otra en el supuesto de que la cosa fuese furtiva. Paulo para resolver esta cuestion consideró indispensable fijar como en el caso anterior la posicion respectiva de los contrayentes: *Si emptor et venditor scit furtivum esse quod venit à neutra parte contrahitur obligatio: si emptor sólus scit, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quidquam consequitur nisi ultro quod convenerit, præstet: quod si venditor scit, emptor ignoraverit, utrimque obligatio contrahitur* (Ley 34, § 3.°, de *Cont. empt.*).

Sabiendo vendedor y comprador el orígen furtivo de la cosa, no hay obligacion para ninguna de las dos partes.

Si el comprador fuese el único que lo supiera, el vendedor no ha contraido obligacion, por lo que ni tiene que entregarle la cosa ni garantizarla aunque la hubiese entregado: hasta se ha creido que el primero no podria repetir el precio: *Emptor solutum repetere non potest, et sic emptor agendo ex contractu nihil consequetur.* Cuando solo el vendedor supiese que la cosa era robada estaria obligado á purgar la cosa del vicio que le afectaba y á abonarle daños é intereses.

Cosa litigiosa. Ley 13, tít. VII, Part. III.—*Muchas vegadas acaesce que los emplazados por facer engaño á los que fi-*

*cieron emplazar, venden ó enagenan maliciosamente las cosas sobre que los emplazan, é cuando vienen ante el juzgador para facer derecho á aquellos que las demandan por suyas, dicen que non son tenudos de responder porque non son tenedores de las cosas demandadas..... é declaramos que todo ome que despues fuese emplazado si enagenase la cosa sobre que fuese fecho el emplazamiento, quel quisieren demandar, diciendo é razonando los demandadores que non habia derecho en ella é que era suyá dellos, tal enagenamiento non vala é sea tornada aquella cosa en poder de aquel que la enagenó, é sea el tenudo de facer derecho sobre ella. E demas el que la compró si fuere sabidor del engaño, pierda el precio que dió por ella. Otrosí el vendedor peche otro tanto de lo suyo por el engaño é sea todo de la Camara del rey..... etc.*

La auténtica *de litigiosis* definió la cosa litigiosa: *ea de cujus dominio causa movetur inter possessorem et petitorem, judiciaria conventione, vel precibus principi oblatis et per eum futuro reo cognitis.*

Sospechando la ley que fuera la intencion de los demandados al celebrar tales ventas hacer ilusoria la accion de los demandantes, les sale al encuentro declarando bajo severas penas nulas y de ningun valor sus disposiciones. Tenia al efecto un precedente que imitar en el tít. XXXVII, lib. VIII del Código, singularmente la ley 4.ª, que dice: *Censemus ut si quis lite pendente, vel actiones, vel res, quas possidet ad alium quemdam transtulerit, sive scientem, sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subjacere.....* Tenia otro en el Código visigodo, ley 10, tít. IV, lib. V. *La cosa metida en contienda, cuando alguno la comienza á demandar, ó si la pudiese demandar con razon, non la debe dar ninguno, nin vender, nin mudar de un lugar á otro.*

Como tan notoria es la causa de la ley no nos detenemos á esplicarla, contentándonos con recordar que la prohibicion subsiste por su justicia en los modernos Códigos, y que el Tribunal Supremo ha aplicado su doctrina en varios recursos (23 Mayo 1859 y 15 Diciembre 1865). Tampoco es permitido enajenar los bienes embargados judicialmente mientras no se alce el embargo, á no ser que verifique su venta el juez que conozca del litigio..... (S. 13 Diciembre 1866).

Puede haber sin embargo, casos de escepcion y son los que enumera la siguiente ley 14:

*El 1.°, si aquella cosa sobre que es fecho el emplazamiento fuese dada despues en casamiento á otro: el 2.°, cuando la cosa perteneciere á muchos é la quisieren partir entre si é enagenarla los unos á los otros; pero en cualquiera de estos casos aquel á quien pasase la cosa, tenudo seria de responder á la demanda sobre que fué fecho el emplazamiento: el 3.°, cuando la enagenaran despues del emplazamiento, en razon de manda que ficiese á su finamiento, mas en este caso el heredero del que hubiese mandado tal cosa tenudo seria de defender é seguir el pleito movido sobre ella hasta que fuese acabado. E si lo venciere debenla entregar á quien fue mandada. E si perdiere el pleito sin su culpa ni engaño, non es tenudo el heredero de dar nada por razon de aquella manda, é si sospechare que el heredero no andara nin seguira el pleito lealmente puede el mismo si quisiere, ser con el heredero en juicio.*

Motivos particulares, fáciles de comprender, produjeron estas escepciones de la citada ley del Código que el nuestro de Partida se limitó á copiar: *Exceptis hujus sanctionis dispositione his, qui vel dotis nomine, vel ante nuptias donationis, vel transactionis aut divisionis rerum hæreditariarum factæ, vel per legati vel per fideicommissi causam tales res vel actiones dederint vel acceperint.*

Si perteneciendo á muchos las cosas, quisieran partirlas y enajenarlas entre sí, queda obligado el que las recibe á responder á la demanda: respecto á la cosa legada es de cargo del heredero continuar el pleito, y entregarla al legatario si venciere, pero no si lo perdiese por su culpa ó engaño; aunque si este desconfiase de la eficacia del heredero, podria ser parte con él en el pleito.

La enajenacion de la cosa litigiosa fuera de estos casos es nula con obligacion por parte del vendedor al abono de daños y perjuicios, á menos que se celebre con la condicion de atenerse á las resultas del pleito principiado y pendiente. En estos términos consideramos modificada la ley 42, que no se limita á establecer la prohibicion, sino que señala penas á los contraventores.

Las anteriores leyes (13 y 14) que prohiben enajenar la cosa litigiosa mientras dure el pleito y la doctrina legal de *lite pendente nihil innovetur* se refieren al caso en que hace la enajenacion el que es demandado por accion real (S. 28 Diciembre 1860).

Derechos eventuales. Ley 13, tít. V.—*Esperanza han los omes á las vegadas de heredar los unos los bienes de los otros que puede ser de dos maneras. La una, cuando alguno ha fiuzia de heredar los bienes de algun su pariente, seyendo tan propinco que haya de heredarle, si acaesciere que fine sin testamento. La otra cuando han fiuzia que le establecerá alguno por heredero.* [1]*E por que y ha algunos que quieren vender tal esperanza ó derecho, decimos que lo non pueden facer si nombraren las personas de aquellos que han fiuzia de heredar. Fueras si fuese la vendida con otorgamiento é con placer dellos mismos; é que duren en este placer fasta que mueran.* [2]*Mas si non los nombrasen, poderlo y an vender diciendo así: que todas las ganancias ó derechos que les han de venir por razon de heredamiento onde quier que les vengan, las venden: é á quien é por cuanto. E por esta razon defendemos que non vala tal vendida, en que fueren nombradas las personas, porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos, cuyos son los bienes, por codicia de los aver.*

La esperanza de suceder á otro no merece tal nombre, dice el comentador, porque en rigor ninguno hay que pueda presumir este derecho; sin embargo, es fácil conjeturarlo por razon de parentesco en la herencia intestada ó por virtud de la institucion en la testamentaría. En tal supuesto, la ley declara nula la venta del derecho de heredar á una persona designándola á no ser que esta lo consienta, y muera con esta voluntad; por el contrario, aprueba y declara válida la venta de derechos hereditarios en absoluto, no designando el nombre de las personas á quienes esperase suceder.

Los pactos sobre esperanzas de futura sucesion ofrecen el inconveniente que espresa la ley en sus últimas palabras. Usáronlos varias veces los particulares y dudábase acerca de su va-

lidez, pero Justiniano los consideró reprobables y de funesto ejemplo: *sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosæ essæ videntur, et plenæ tristissimi et periculosi eventus: quare enim, quodam vivente et ignorante de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt?* declarándolos en su consecuencia nulos y de ningun valor: *nisi ipse forte, de cujus hæreditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque at extremum vitæ suæ spatium perseveraverit.* Esta declaracion de la ley última del Cód. de *pactis* es la materia ó el argumento de la nuestra en cuanto á su primera parte. La segunda es singular; mas aunque omitiendo el nombre disminuye el peligro de un mal deseo, ¿cómo se venden los derechos hereditarios sin que esté en el ánimo de los contrayentes el nombre de la persona? La espresion es una cosa accidental: la venta de una herencia futura en todo caso debe ser nula.

La cosa poseida en comun no puede venderse á un estraño despues de promovido el juicio de particion, á no ser con consentimiento de los demás consócios conforme á lo dispuesto en la ley 55, tít. V, Part. V.

El derecho de usufructo es inalienable permitiéndose únicamente al usufructuario la venta de sus productos. Si contra la prohibicion de la ley se verificase la venta, el usufructo se consolidaria con la propiedad: *si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum* (66, tít. III; lib. XXIII, Dig.).

La prohibicion romana constituye jurisprudencia; el usufructo como derecho personalismo no podria trasmitirse suponiéndolo posible, sin que el cambio afectase poco ó mucho los derechos del propietario.

Ley 22.—*Arma de fuste nin fierro non deben vender ni prestar los cristianos á los moros nin á los otros enemigos de la fé...*

Prohibe esta ley vender armas y vituallas á los enemigos de la fé con quienes estuviéramos en guerra. El contraventor deberia perder sus bienes y quedar á disposicion del rey, porque *dar armas ó facer otra ayuda á los enemigos de la fé es una manera como de traicion.* No se entendia esta prohibicion con los que vinieran á la Corte de embajada por causa de pleito etc.

Tampoco se pueden vender las cosas estancadas sino por los agentes del Gobierno (Arts. 2.° y 3.°, ley 30 Mayo 1830).

A las anteriores prohibiciones añadian las leyes recopiladas la venta del trigo al fiado á pagarlo á precio escesivo, debiéndose pasar por el que tuviere en los pueblos respectivos quince dias antes ó despues del 8 de Setiembre; la de granos para venderlos en un mismo mercado, igualmente que las carnes vivas ó animales; la de seda en rama ó capullo, con el propio objeto, y tantas otras especies como pueden verse en los títs. XIX, libro VII; V y VII, lib. IX; y XII, lib. X, Nov. Recop.).

Los antiguos tratadistas analizan estas prohibiciones: nosotros perderiamos el tiempo que en ello empleáramos, pues sin controvertir su utilidad en momentos de apuro ó como leyes de circunstancias, científicamente consideradas, son hijas de principios de economía que el derecho y la ciencia repelen.

## PRECIO.

### Artículo 1.°

*En qué ha de consistir el precio.*

*Pretium autem constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest* (§ I, tít. XXIV, lib. III, Ins.). Para que exista compra-venta ha de haber precio convenido por las partes.

El precio representa el valor de la cosa comprada, y ha de consistir en dinero: *pretium in numerata pecunia consistere debet* (§ 2.°). Los jurisconsultos romanos cuestionaron sobre si podrá existir venta sin dinero que le sirviera de precio. Los sabinianos sostenian la afirmativa. Paulo en la citada ley 1.ª del *Dig.* de *Contr. emp.* donde espone el orígen y la historia de este contrato, encuentra preferible la opinion de Nerva y Próculo que sostenian lo contrario: *nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.*

El dinero es, sin duda, una mercancía, pero interviene como signo representativo de los valores para verificar una tran-

saccion que en la infancia de los tiempos se hacia mediante un rodeo por medio de la permuta.

No pierde esta cualidad una vez señalado el precio en dinero, aunque por convenio posterior se haya pagado en otra cosa, porque como manifiesta la ley 1,ª, § XIII, tít. III, libro XVI, Dig. para calificar los contratos, se atiende á su principio, no á su éxito. Vendo una casa á Pedro en mil pesos obligándome á recibir en pago de esta cantidad tanto en esto, tanto en lo otro, es compra-venta, porque la especie representa la cantidad que es el precio: *non autem pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem* (Ley 2.ª, § 1.º, tít. I, lib. XVIII, Dig.). Por el contrario le doy la casa, espresando que es en cambio de la suya, no obstante recibir un valór proporcionado al mio, el contrato es permuta.

Permuta será tambien aun cuando intervenga dinero, si solo se entrega para igualar la diferencia de lo permutado. En el segundo caso pude entregar la casa, añadiéndo que me habia de abonar mil pesos por el mayor valor de la mia.

El Proyecto de Código añade que consistiendo el precio, parte en dinero, y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intencion manifiesta de los contrayentes, etc. Mas como precisamente por no ser manifiesta, se trata de calificar un contrato de naturaleza dudosa, será venta segun la regla establecida, siempre que antes se haya fijado el precio de cantidad determinada.

El precio suele dividirse en natural y corriente: el primero es el valor natural de la cosa, espresado en dinero; y el segundo el mayor ó menor en cambio que puede tener la cosa, atendida la abundancia ó escasez de ella ó del dinero: aunque en el comercio es donde principalmente se usa esta division, tambien por derecho comun puede servir para resolver los frecuentes litigios de rescision de la venta por causa de lesion.

### Artículo 2.°

*Exámen de sus cualidades*

Ley 9.ª, tít. V, Part. V.—[1]*Cierto debe ser el precio en que se avienen el comprador é el vendedor para valer la vendida: ca si el vendedor dijere: vendote esta cosa por cuanto tú quisieres ó por cuanto yo quisiere, la vendida en tal manera fecha, non valdria.* [2]*Pero si el comprador é el vendedor se avienen en otro ome alguno, metiendolo en su mano que el señale el precio, por cuanto sea vendida la cosa, señalandole aquel en cuya mano lo ponen, valdria la vendida.* [3]*Si este señalase el precio desaguisadamente mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, debe ser enderezado segun alvedrío de omes buenos.* [4]*Mas si muriese ante que señalase el precio, non valdria la vendida.*

El precio, para que valga la venta, ha de ser cierto, y lo es cuando se halle determinado por una cantidad que se designa. Si fuere incierto como acontece, cuando su designacion se deja á la voluntad de los mismos contrayentes, la venta es nula: *Illud constat, imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit; quanti velis, quanti æquum putaveris, habebis emptum* (Ley 35, § 1.°, Dig. de *Cont. emp.*).

Si cabe ó no fiar esta circunstancia al arbitrio de tercera persona, fué punto controvertido por los antiguos jurisconsultos; pero Justiniano resolvió la cuestion en términos parecidos á los de esta ley: confiada la designacion de precio á tercera persona. se sostendrá la venta siempre que esta le señale; si no pudo, ó no quiso, ó murió antes de señalarle, será nula por falta de este requisito (Ley últ. Cód. de *Cont. empt.*)

Dejar la eleccion al arbitrio de un tercero sin designar la persona, seria completamente inútil, porque podrian las partes no avenirse nunca en el nombramiento. Por lo cual Justiniano lo prohibió: *nulla conjectura in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes, contrahentes ad hæc pacta venerint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sactionem expellimus* (Id.).



A este propósito se suscita una cuestion, si valdria la venta convenida por el precio que señalaren dos peritos nombrados por los contrayentes.

Algunos autores han sostenido la afirmativa, fundándose en el § 9.°, ley 16, tít. I, lib. XX, Dig. *Potest ita fieri pignoris datio, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo prætio tunc æstimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.*

Vinio dice que aquí subsiste el negocio *ex pacto pignoris;* pero es de dictámen que hay la misma incertidumbre encomendando á peritos nombrados por las partes la designacion de precio que si se confiara á un arbitrador, por lo cual sostiene la opinion contraria.

En nuestro sentir, la escepcion hecha en un solo caso por la confianza de la persona, no puede estenderse á personas inciertas y desconocidas.

Si la parte designada señalare un precio manifiestamente escesivo ó diminuto, podrá la parte agraviada conseguir la reforma segun *albedrío de omes buenos.*

El derecho romano hacia al parecer invariable esa estimacion: *omnimodo secumdum ejus æstimationem, pretium persolvatur;* pero esta cláusula no escluia el recurso al juez en caso de iniquidad manifiesta, aunque no escediera de la mitad del justo precio. Tal fué la opinion de Vinio y la de Lopez en la glosa 5.ª de nuestra ley.

¿Y podrá dejarse al arbitrio de un tercero la designacion de la parte de terreno que ha sido vendida en uno de mayor cabida?

Goyena dice: que esta cuestion ha sido resuelta afirmativamente y con justicia, porque hay consentimiento en el precio y en la cosa: menos es lo que aquí se deja al arbitrio del tercero que el señalamiento del precio: lo mismo deberá decirse en casos parecidos, como si vendo en tres mil reales cualquiera de mis caballos, el que Pedro elija ó designe: la cosa podrá á rigor llamarse incierta, pero está encerrada en cosas ciertas.

Ley X.—[1]*Acordandose el comprador é el vendedor de vender el uno al otro alguna cosa por tantos dineros, cuantos el com-*

*prador tuviese en alguna arca, saco, maleta, ó otra cosa valdrá la vendida, si fueren y fallados algunos dineros cuantos quier que sean; maguer non oviese tantos cuantos podria ó valdria aquella cosa.* [2] *Mas si por aventura non fallasen y ninguno, non valdria la vendida, porque la vendida no se puede facer sin precio.* [3] *Si un ome vendiere á otro alguna cosa aviniendose ambos que la pudiese aver el comprador por tanto precio cuanto la oviera aquel que la vende, valdrá la vendida; si fallaren que la ovo comprado el que la vende así. Mas si fallaren que la oviera de donadio, ó que la avia heredado ó en otra manera que non fuese por compra, non valdria la vendida.*

El precio puede ser cierto por relacion á cosa cierta y determinada. Así dice la ley copiando la 7.ª, § I, tít. I, lib. XVIII, Dig., *Hujusmodi emptio quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.*

El precio aquí es cierto, *rei veritate*, lo cual basta para que se produzca la obligacion: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* (§ 6.°, tít. XVI, lib. III, Inst.).

Por eso, como falta término de comparacion, no valdrá la venta cuando no hallen dinero en el arca, ó el vendedor no hubiere adquirido la cosa por compra, sino por cualquier título gratuito.

Si la venta se hiciere sin mas espresion que por su precio ó por el precio que sea justo, parece imperfecta, porque lo es el modo de hallar el justo precio. No obstante, así se celebran algunos contratos y son válidos cuando tal precio es corriente. Gomez dice que vale la venta de vino, aceite, trigo, ajustada por el precio que suelen tener en el mercado tal dia ó tal tiempo (Var. Res., tít. II, cap. 2.°, n.° 9.°) Cuando el precio puede ser conocido por relacion con otra cosa ó dicho de un tercero, es valida la venta (S. 30 Junio 1866).

Otro requisito del precio es que sea verdadero, con lo cual se quiere dar á entender que consista en una cantidad proporcionada al valor natural de la cosa.

Por la notoriedad de este requisito no hay ley que terminantemente lo declare; mas la 36, Dig. de *Cont empt.* lo exige *cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere.* Legisladores y jurisconsultos hablan de él como de un supuesto necesario.

El precio que no guardase proporcion con el verdadero valor de la cosa no seria verdadero precio. Si yo doy por diez una cosa que vale ciento ó mil, lo que hago es una venta simulada, propiamente una donacion: *Cæterum idem pretium verum esse oportet, unde quod dicis causa datur, non facit emptionem venditionem, veluti si uno nummo emptum* (Arg., Ley 46, Dig. *loc.*)

Pothier observa que no es necesario que el precio convenido iguale exactamente el valor de la cosa, porque el precio no es tanto el equivalente de su verdadero valor, cuanto la espresion de la cantidad en que la han estimado, y la estimacion puede haberse hecho baja; con tal que la cantidad no sea insignificante, sino que guarde alguna proporcion con el valor de la cosa, aunque sea inferior el contrato, subsiste como verdadero contrato de compra-venta. En apoyo de esta doctrina cita la ley 38, Dig. *dic. tít.*: *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere.....*

El precio puede ser de tres clases supremo, medio y mínimo; division de que usan principalmente los teólogos; *ne alias justitia commutativa lædatur.* El supremo es el mayor valor que haya podido darse á la cosa al tiempo de celebrar el contrato: el medio representa su estimacion comun y regular: el ínfimo el menor valor que pueda tener sin tocar los límites de la lesion. El precio se dice que es justo cuando no escede ni es inferior á la mitad del valor de la cosa. Los Códigos modernos rechazando la rescision por lesion, carecen de esta base para graduar la justicia del precio; pero reconocen la necesidad de este requisito espresando que el precio ha de ser sério y efectivo.

## § IV.

### *Forma de este contrato.*

#### ARTÍCULO 1.°

#### *Si necesita escritura.*

Ley 6.ª—[1]*Compra é vendida se puede facer en dos maneras: la una es con carta, é la otra sin ella.* [2]*La 1.ª es cuando el comprador dice al vendedor: Quiero que sea desta vendida fecha carta. Tal vendida maguer se avengan en el precio el comprador é el vendedor non es acabada fasta que la carta sea fecha é otorgada; porque ante desto puedese arrepentir cualquier dellos. Mas despues que la carta fuese fecha é acabada con testigos, non se podria ninguno dellos arrepentir ni ir contra la vendida.* [3]*Sin carta se podria facer la vendida, cuando comprador é vendedor se avienen en el precio é consienten amos en ello, asi que el comprador é el vendedor se pagan cada una de la cosa é del precio non faciendo mencion de carta. Ca entonces seria acabada la vendida, maguer non diera señal el comprador al vendedor, porque serian ambos tenudos de complir el pleito.*

Ley 3.ª, tít. X, lib. III, F. R.—*Toda vendida que fuere fecha por escrito, vala despues que el escrito fuere fecho.*

Entre los romanos el consentimiento podia espresarse sin tomar del derecho civil formalidad ninguna. La venta podia hacerse verbalmente por procurador, por cartas y aun entre ausentes: *Est autem emptio juris gentium: et ideo consensu peragitur: et inter absentes contrahi potest, et per nuncium, et per literas* (Ley 1.ª, § 2.°, libro XVIII, Dig.).

Justiniano creyó que debia esclarecer este principio fundamental por una distincion. Ó los interesados no habian manifestado su intencion de otorgar escritura para completar la venta, y su derecho permanecia entonces en toda integridad; ó por el contrario habian convenido en redactar el contrato por escrito, y que la escritura fuese como una condicion suspensiva

de la validez del contrato, en cuyo caso no se consideraba declarado el consentimiento, si no en tanto que un acto contuviera su espresion. Inst. de *Emp. et vend.*

Tal es la solucion de nuestra ley. Puede celebrarse el contrato con escritura ó sin ella. En el primer caso no está perfecto el contrato hasta que se otorgue, pudiendo los contrayentes durante ese tiempo arrepentirse: *donec aliquid deest ex his, et pænitentiæ locus est.* Pero han de manifestar su propósito, de cumplir con este requisito: pues de otro modo, como contrato consensual, inmediatamente que han convenido acerca de la cosa y del precio, la venta está perfecta sin necesidad de que el comprador preste señal.

La misma libertad permite á los contrayentes la ley 3.ª, título IV, libro V del Fuero Juzgo: *La vendicion fecha por escrito sea firme é maguer non sea fecho escripto despues que el precio es dado ante testimonias, la vendicion sea firme.* La legislacion no se modificó por el cambio que obrara en las costumbres la invasion agarena. A tiempo en que el libro de los jueces habia dejado de ser la ley del pueblo godo, se refieren las llamadas fórmulas visigóticas, una de las cuales la 8.ª declara: *Licet in contractibus empti et venditi quæ bona voluntate definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur, tamen ad securitatem comparatoris ad jungitur, si definitio ipsa escriture soliditate firmatur.*

Las cartas podian dar estabilidad al contrato, por eso vemos perpetuado su uso durante el régimen foral: cartas al principio lacónicas y sencillas, despues complicadas y llenas de renuncias á medida que se hizo sentir el influjo de las Partidas. Pero no era de rigor este requisito, porque el acto adquiria, si cabe, mayor fuerza por la publicidad. Se celebraba con intervencion de testigos y á presencia de los vecinos, pues muchos documentos contienen la cláusula *concilio visores et auditores.* Consumado ya el contrato, el comprador pagaba la robra ó alboroque que era como un suplemento del precio, consistente en un buey, un carnero ú otra cosa de comer, con lo cual á la vez que se obsequiaba á los parientes ó conocidos, se conseguia hacerlos sabedores de la celebracion del contrato y de sus condiciones.

Hecha esta digresion, pasemos de la historia á la doctrina.

La escritura exigida como condicion indispensable de este contrato dificultaria las transacciones de las cosas muebles. Donde parece innegable su conveniencia es en la adquisicion de las cosas inmuebles; por eso al hablar de tales cosas las leyes se fijan en este requisito. La ley 114, tít. XVIII, Part. III, dice: *si tal carta fué fecha sobre cosa señalada, así cómo sobre vendida ó cambio de casa, viña, ó otra cosa tal, non vale para probar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion. Esto es porque las cartas de los pleitos deben ser fechas por mano de escribanos públicos etc.* Y la 14, tít. XII, lib. X, Nov. Recop. *Porque los recaudadores de las àlcabalas no reciban daño en la ocultacion de las ventas de bienes raices, conformándonos á lo dispuesto por las leyes de nuestros reinos..... mandamos que cualesquier vendidas, trueques y enagenamientos que se ficieren de bienes raices, se hagan ante los escribanos de número del lugar donde estuvieren las heredades, y si no lo hubiere ante escribano público de la ciudad mas cercana.*

De qué manera intervenga este requisito si como prueba ó como solemnidad nos parece cuestion sencilla. El legislador no ha podido exigir la escritura como solemnidad sustancial de este género de contratos, arrancando al consentimiento no contradicho de las partes el poder que le corresponde. Una cosa es el contrato y otra el instrumento del mismo: *Illud te scire oportet aliud esse contratum aliud instrumentum, sicut aliud continens aliud contentum: et id quidem liquet valere contratum sine instrumento* (Tiraquel).

Ajustada la venta ninguna de las partes puede rehusar su cumplimiento por lo que aunque antes de otorgarse la escritura no produzca los efectos necesarios para reclamar en juicio su cumplimiento, producirá no obstante una accion personal en virtud del convenio para exigir un contrayente del otro aquella formalidad.

Sometida la cuestion á la autoridad del Tribunal Supremo de Justicia, este sábio Tribunal ha sancionado de una manera uniforme esta doctrina: El contrato de compra-venta esencialmente consensual queda perfecto y obligatorio por el simple

consentimiento en la cosa, precio y circunstancias propias del mismo. El precepto legal de haber de elevarse á escritura pública para la trasmision del dominio de cosas inmuebles, no varia la naturaleza de dicho contrato, ni establece una condicion esencial al mismo, sino una forma en interés público, independiente de la voluntad de los contrayentes, envolviendo como consecuencia necesaria el recíproco é indeclinable deber de estos á prestarse al otorgamiento de la escritura pública.—Solo puede tener lugar lo dispuesto en la ley 6.ª, tít. V, Part. V, cuando se estipula por los contrayentes bajo una ú otra forma, que hasta el otorgamiento de la escritura no se entiende perfecto el contrato (S. 13 Diciembre 1861 y 8 Febrero 1867).

Por este principio es innegable que contiene un contrato de venta perfecto y sustancialmente acabado el documento privado del que resulte que convenidos vendedor y comprador en la cosa y el precio objeto de la convencion, espresaron ser su voluntad que se le diera valor de escritura pública, ínterin esta no fuese otorgada con todas las formalidades de derecho, de modo que es eficaz y obligatoria por ambas partes (30 Junio 1864).

Aunque el comprador haya exigido como condicion del contrato el otorgamiento de escritura, no por eso queda privado de la facultad de renunciar á ella, ni tampoco al derecho de exigir que la venta surta todos sus efectos, aun cuando aquel documento no llegue á otorgarse (22 Marzo 1860).—No constituye una condicion necesaria de haber de reducirse á escritura este contrato, la circunstancia de haber aceptado el comprador el pago de los gastos de venta y la redaccion de aquel documento que naturalmente se daba por supuesta (28 Enero 1868).

La condicion estipulada por las partes de otorgar la escritura una vez verificado el pago, no puede estimarse como suspensiva de la validez del contrato, ni como circunstancia precisa para su eficacia, si se ha concedido un plazo para satisfacer el precio, y el comprador se ha apoderado de la cosa vendida, consintiéndolo el vendedor (14 Diciembre 1861).

Tampoco se varia la naturaleza del contrato, ni deja de quedar perfecto habiendo consentimiento de las partes en la cosa y en el precio por las disposiciones de la ley 14, tít. XII, lib. X, Nov. Recop., las cuales se establecieron con el mismo objeto de asegurar la cobranza de los impuestos fiscales sobre enajenacion de bienes raices (11 Diciembre 1863.)

De la escritura debe tomarse razon en la Contaduría de hipoteca para la recaudacion del impuesto en el término señalado por las leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVI, lib. X, Nov. Recop., y real decreto de 23 de Mayo de 1845 etc. La Ley Hipotecaria no hace necesaria la inscripcion respecto á los contrayentes, así es que ninguno de ellos podrá eludir el cumplimiento del contrato, alegando la falta de aquella circunstancia; pues de otra suerte se debilitaria la buena fé y se dejaria abierta la puerta á la malicia de los contrayentes. Sin embargo, tiene esta facultad por contrapeso una regla, y es que el tercero en cuyo favor aparece una escritura de venta inscrita en el registro, es preferido al primer comprador que la inscribió sin que á este le valga la prioridad en el otorgamiento.

La enajenacion de los privilegios de introduccion é invencion requiere asímismo escritura pública, la cual deberá presentarse bajo pena de nulidad al gobernador de la provincia, ante quien se solicitó el privilegio, cuya autoridad avisa al Director del Conservatorio para que lo anote en el registro.

Por fin merece recordarse que se rige por leyes propias la enajenacion de efectos públicos, de bienes nacionales, de mayorazgo y aun los de menores é incapacitados en cuyo beneficio ha introducido la ley el espediente de necesidad y la subasta pública.

### Artículo 2.º

### *Arras.*

Ley 7.—*Señal dan los omes unos á otros en las compras é acaesce que despues se arrepiente alguno.* [1]*E decimos que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, la debe perder.*

*Mas si el vendedor se arrepiente despues, debe tornar la señal doblada al comprador é non valdrá despues la vendida.* [1]*Pero si cuando el comprador dió la señal, dijo que la daba por señal é parte del precio ó por otorgamiento, non se puede arrepentir ninguno dellos nin desfacer la vendida que non vala.*

Muchas veces, principalmente en las ferias y mercados, se entrega una señal en dinero ó en otra cosa mueble que se conoce por el nombre de arra.

La legislacion romana consideró las arras como la prueba de la perfeccion del contrato, no un medio de sustraerse á sus obligaciones: *quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis*, y así podia inferirse por la etimología de la palabra griega cuyo equivalente en latin *reliquum* venia á significar *ne reliquum reddatur*. Como el contrato una vez celebrado no podia disolverse si no por mútuo disenso, resultaba que uno de los contrayentes no podia ni aun perdiendo las arras, volverse atrás de la venta convenida.

Algunos han sido de opinion que Justiniano modificó este punto de derecho, disponiendo que las partes pudiesen dispensarse de ejecutar la venta, aunque estuviera perfecta, perdiendo el uno las arras y obligándose el otro á devolverlas dobladas. Para estos jurisconsultos, las arras consideradas por el antiguo derecho como prueba de un contrato formado y nuevo vínculo para su ejecucion, tomó por la legislacion justinianea el carácter de pena en cuya virtud pudieran los contratantes volverse atrás perdiendo las arras.

Vinio y otros de su escuela distinguen dos especies de arras, unas que son argumento y prueba de la venta verificada, y que constituidas en dinero representan parte del precio, y otras dadas á manera de símbolo, y que equivalen á la pena impuesta al contrayente que se retracta de la venta convenida.

La primera opinion tiene sólidos fundamentos, pero tratada la cuestion por derecho pátrio, no seria justo desconocer esta distincion que hallamos hecha en sus precedentes.

En el Fuero Juzgo la arra es un compromiso del vendedor por el que asegura el cumplimiento de aquello que ofreció, sin

que el comprador renuncie á la facultad de volverse atrás de un contrato que se supone perfecto, pero no consumado: *quien toma señal por alguna cosa debe cumplir lo que prometió. E si el comprador por enfermedad ó por otra gran coyta non pudiere pagar al plazo, envie otro cualquier que cumpla por él.* Si *non fuere ó non quisiere enviar reciba la señal que dió é non vala la vendicion* (Ley 4.ª, tít. IV, lib. V).

El Fuero Real se aproxima un poco mas á la verdad en la clasificacion que hace de las arras. La ley 2.ª, tít. X, lib. III del Fuero Real dice: *Si ome alguna cosa vendiere é tomare señal por la vendida no la puede desfacer.* Habla del vendedor y declara lo mismo que el Fuero-Juzgo, que una vez conforme en aceptar la señal, no puede por su parte retractarse. *Si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió é no vala la vendida.* Aquí hace las veces de pena, en cuya consecuencia el comprador que no quiera pagar el precio puede apartarse del contrato, sacrificando la arra.

*Si el comprador no diere señal, é diere alguna partida del precio, no se pueda desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes.* Cuando en equivalencia de las arras el comprador entrega parte del precio, el contrato ha entrado en vias de consumacion, y la venta no se deshace, como no sea por mútuo disenso.

El sentido de la ley alfonsina está al alcance de la mas vulgar penetracion.

La arra interviene en señal de que se ha convenido en el precio, no es requisito indispensable para la perfeccion del contrato de compra ó venta: *quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur non eo pertinet quasi sine arrha conventio nihil proficiat: sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio* (Ley 35, de *Cont. empt.*).

En el estado del contrato puede tener lugar el arrepentimiento, pero el que quiera volverse atrás de lo convenido: *Si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur.*

Cuando al constituir la arra dijese el comprador que la daba como parte de precio, ninguno de los contrayentes se pue-

de arrepentir, la venta está acababa. Aunque el precepto no sea nuevo porque está evidentemente contenido en la cláusula: *Argumentum est emptionis et venditionis*, es aquí tan categórico que no sin motivo añade el comentador: *nota multum istud verbum, nam non vidi, si bene memini, simile verbum in jure communi* (Glosa 3.ª).

Si por el comprador se entrega al vendedor alguna cantidad como señal y parte de pago del precio total, ninguno de los contrayentes puede dejar de cumplir lo pactado ni deshacer la venta, segun disposicion de esta ley (S. 11 Abril 1864),

## § V.

### *Efectos jurídicos de la compra-venta.*

Ley 28.—[1]*Pagar debe el comprador al vendedor el precio quel prometió, é aquel que fizo la vendida debe al otro entregar en aquella cosa quel vendió con todas las cosas que le pertenecen é le son ayuntadas.....*

Por la definicion de la compra-venta en que dejamos espuestas las condiciones esenciales de este contrato, puede venirse en conocimiento de los deberes recíprocos de los contrayentes. La principal obligacion del comprador consiste en satisfacer el precio. Como contrato sinalagmático forma un doble vínculo, en cuya virtud el vendedor es, á la vez que deudor, un acreedor del comprador, contra el cual puede ejercitar la accion *venditi* para conseguir el pago de la cosa: *Ex vendito actio venditori competit ad consequenda ea quæ ei ab emptore præstari oportet* (Ley 13, § 19, de *act. emp. et vend.* Dig.).

El vendedor, á su vez, es responsable para con el comprador de la entrega de la cosa y el mantenimiento de su posesion, cuyas dos obligaciones producen en favor de este la accion *ex empto: ex empto actione is qui emit, utitur* (Ley 11, id.).

Si la cosa vendida se halla detentada por alguno desde el momento en que el comprador adquiere el dominio de ella, tiene derecho á que le sea entregada, pudiendo lanzar al detentador, si se niega á pagar la renta, y á reconocer á aquel como due-

ño (S. 17 Setiembre 1860).—Si estipuló entregar cosa determinada, y en su defecto valores equivalentes al precio que el comprador hubiere anticipado, cumpla aquel con la entrega de estos, puesto que haciéndolo así se llenan las condiciones del contrato (14 Diciembre 1857: Véase Zúñiga).

Indicada la doctrina veamos su desarrollo científico.

### (A) OBLIGACIONES POR PARTE DEL VENDEDOR.

#### ARTÍCULO 1.°

*Qué comprende la obligacion de entregar la cosa.*

Por punto general los accesorios de ella y todo lo que está destinado á su uso perpétuo. La ley de Partidas, copiando al derecho romano, contiene en este particular preciosas decisiones.

ACCESORIOS DE UNA CASA. Ley 28.—[1]*Si un ome vende á otro alguna casa non se entiende que le vende la casa tan solamente, mas aun los pozos, é las canales, é los caños, é los aguaduchos, é todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para servicio de aquella casa, quier sean dentro en ella ó de fuera.* [3]*Otrosí los ladrillos, é los cantos, é la teja, é la madera que estuviesen movidos ó puestos en la casa vendida, si fueren de aquella misma casa, non los puede llevar el vendedor.* [4]*Mas si el vendedor oviese comprado cal, ó ladrillos, ó teja, ó madera ó otra cosa semejante, ó lo oviese tomado emprestado, ó gelo oviesen dado; maguer lo oviese y aducho con entencion de lo meter en labor de aquella casa, con todo eso, llevarlo puede el vendedor aquello que así oviese aducho é que non oviese metido en labor.*

El vendedor debe entregar al comprador la cosa y sus accesiones: la ley del contrato le impone esta obligacion, y la presente la confirma, declarando accesiones de la cosa todas las que pertenecen á ella *é le son ayuntadas*. De manera, que si lo vendido fuese una casa, la venta comprende no solo la casa, sino los efectos necesarios para su uso y su servicio, tales como los pozos, los canales, los caños é los acueductos.

Todos estos objetos son accesorios de la casa, porque son de uso preciso y por órden natural perpétuo, que es la regla que para juzgar de tales acciones estableció la jurisprudencia romana esplicándola por diferentes ejemplos: *Labeo generaliter scribit, ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii..... castella, plumbea, putea, opercula pateorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quæ terra continentur, quamvis non sint adfixa, ædium esse constant* (Ley 17, §§ 7.° y 8.°, de *Ac. empt.*— *Lines, et labra, salientes, fistulæ quoque, quæ salientibus junguntur, quamvis longe excurrant extra ædificium, ædium sunt. Item canales* (Ley 15, id.).

Por los anteriores ejemplos trascritos á nuestra ley es fácil determinar el verdadero sentido de su frase; *quier sean dentro en ella, ó de fuera.* Esta cláusula debe entenderse circunscrita á aquellos objetos que ora estén contenidos dentro de ella, ora se prolonguen al esterior, son obras de desahogo y un accesorio indispensable de ella; pero no tiene, no admite mayor estension.

Si bien por esta ley en la venta de casas se entienden comprendidas, aunque no se pacte espresamente, todas las cosas que pertenezcan á las mismas, esto se refiere á lo que se halla incrustrado en sus paredes y pavimentos ó fabricado debajo del suelo, como igualmente á los pozos, cisternas y otros objetos análogos (S. 9 Junio 1865).

La diversidad de objetos no altera la regla una vez que sean partes componentes de la finca. Aunque sobreentendida esta circunstancia, la ley la declara en su segunda parte, espresando que los ladrillos, cantos, teja y madera movidos ó puestos en la misma casa, no puede separarlos el vendedor; pero si los hubiese llevado á ella comprados ó prestados con intencion de hacer algun reparo y la vendiese antes de hacerle, podria retirar estos efectos que no eran parte de la casa, sino materiales acopiados para emprender una obra.

Este es uno de los muchos casos decididos por la jurisprudencia romana: *Tegulæ quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tejendi gratia allatæ sunt, in rutis et cæsis habentur: aliud juris est in his, quæ detractæ sunt, ut reponerentur: ædibus enim accedunt* (Ley 18, id.).

Ley 29.—[1]*Alfolí para pan fecho de madera, é que estuviere fincado en la casa vendida é que fuere tan grande que se non pudiere mover, ó tinajas para aceite que estovieren fincadas ó soterradas, ó las otras cosas semejantes, non las puede llevar e vendedor. Ca entiendese que estas cosas pertenecen á la casa, é por ende deben ser del comprador.* [2]*Mas todas las otras cosas que son muebles, é non son ayuntadas á la casa nin le pertenecen son del vendedor, é puedelas llevar é facer dellas lo que quisiere, así como los almarios é las cubas é las tinajas que non estovieren soterradas é las otras cosas semejantes.*

Alfolí para pan de tal suerte unido á una casa y tan grande que no se pudiera mover, y las tinajas enterradas ó empotradas forman parte de la casa y son del comprador. Pero no los muebles que no están unidos á la casa, ni los armarios, cubas ó tinajas que no estuviesen enterrados ó empotrados en ella.

El pensamiento de la ley es el mismo de la 17, Dig. de *Act. empt.*, y como caso especial le resuelve de una manera concreta la 18, siguiente: *Granaria, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et cæsis cedunt,* con cuya ley concierta la 38 de este título y 76 Dig. de *Cont. empt.*

Estanque. Ley 30.—[1]*Fuente ó alberca seyendo en la casa ó en el heredamiento vendido, el pescado que y se criase, é fuer y fallado á la sazon que la casa se vende, debe ser del vendedor, bien así como las gallinas, é las otras aves que se crian en la casa.* [2]*Lo mismo decimos de las bestias que han los omes acostumbrado de criar en sus casas.* [3]*E lo que dijimos en las leyes ante desta de la casa, entiéndese tambien de castillo ó de cortijo ó de otra morada cualquier que fuere vendida.*

Concuerda la anterior ley con la 15 del Dig. de *Act. empt.* ya citada; *pisces autem, qui sunt in piscina, non sunt ædium, nec fundi.* Lo mismo debe decirse de las gallinas y otras aves que se crian en la casa: *Non magis, quam pulli aut cætera animalia, quæ in fundo sunt* (16). La razon la da el comentador por estas palabras: *veniunt enim in venditione ea tantum quæ sunt de natura rei venditæ* (Glosa 1.ª).

Esta regla es comun á toda clase de edificio, sea casa, cor-

tijo ú otra morada. Respecto á los castillos hoy no pueden tenerlos los particulares, sino que todos pertenecen esclusivamente al Estado.

UN PRÉDIO RÚSTICO. Ley 31.—[1]*Olivar, campo, viña ó huerta vendiendo un ome á otro, en que oviese lagar ó molino de aceite ó otra casa apartada que fuere para alfolí ó para bodega en que oviese tinajas para encerrar vino; ninguna destas cosas se entiende que entran en la compra; fueras si fuese dicho que entrase en la vendida, ó si fueren señaladamente puestas para coger é aliñar el fruto de aquella casa, ó heredamiento que se vendió.* [2]*Otrosi: si un ome vendiese á otro alguna viña ó parral que oviese menester palos para alzar las vides, maguer el vendedor los tuviese tajados ó comprados, si non los oviese aun metidos no se entiende que entraron en la compra. Mas si los oviese metidos una vez, maguer los tirase ende despues para tornarlos y otro año, entonces serian del comprador.*

No se comprenden en la venta de un olivar, campo, viña ó huerta, el lagar ó molino de aceite ú otra cosa apartada que sirviese para depósito, salvo en dos casos: el uno, si se hubiesen incluido en el contrato; el otro, si señaladamente estuviesen destinados á coger y aliñar el fruto de la casa ó heredamiento que se vendió.

En la venta de un fundo no se comprende un edificio que es independiente y tiene usos propios: si se hubiese hecho del mismo mencion espresa, ó formase, digámoslo así, parte del fundo por estar destinado á recoger y guardar sus frutos, en ambos casos faltaria el fundamento para aquella escepcion. Podria suceder que el dueño del lagar ó molino se lucrase con él prestándole á estraños para prensar la aceituna ó la uva, pregunta el comentador, si tambien en este caso se entendería vendido con el fundo en que radicaba, y contesta que no, á menos de espresarlo así, porque aun bajo el supuesto de que el dueño le utilizase para sus frutos, no parece que era este su verdadero y esclusivo empleo.

Si la cosa vendida fuere viña ó parral, no se entienden vendidos los palos aunque el vendedor los tuviese cortados ó com-

prados, como antes no hubiesen servido para levantar las vides: en cuyo caso, aunque se hubieren desclavado para volverlos á colocar otro año, ya serian del comprador: *pali qui vineæ causa parati sunt antequam collocentur, fundi non sunt; sed qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt* (Ley 17, § 11, id.).

En la venta de carruajes ó caballerías están comprendidos los arreos ó aparejos, si se hallaban puestos con este objeto, no cuando se colocaron en ellos como en disposicion de viajar ó para el uso que les es propio: *Jumenta... ornata vendendi causa ita emptoribus tradentur* (Ley 38, Dig. de *ædil. edict.* Gomez, V. R. t. II, capítulo 2.º, núm. 15).

En la de yeguas, vacas ú ovejas que estuviesen criando queda incluido el parto, si no es de aquellos que aprovechan para comer; mas no cuando fuera de los que pertenecen á esta clase. Si no aprovechan para comer, pero pueden servir para otro uso y se hallan bastante lactados, de modo que no necesiten ya del cuidado de la madre, no quedan incluidos en la venta si no en el único caso de necesitar este cuidado (Viso, lec. 9, § 4.º).

La venta de un molino ú otro artefacto de motor hidráulico comprende tambien necesariamente la toma de aguas, así como la canal que las recibe y conduce bajo las ruedas.

La del vino en botellas comprende los cascos, así como las barricas en la espendicion de mercancías al por mayor: *minora vasa in qua vinum asportationis causa transfundi solet, una cum vine vendito in emptorem in dubio transeunt* (Voet.). Todo bajo el supuesto de que no haya práctica en contrario ó que los contrayentes no hayan hecho una escepcion, porque ellos son los que mayor interés tienen en esplicarse de un modo que acaben las dudas.

Los títulos, planos y cuantas noticias contribuyan á dar idea de la naturaleza de la cosa, su estension y sus vicisitudes constituyen otro nuevo accesorio de la cosa vendida.

Algunos autores han supuesto que el dueño no estaba obligado á desprenderse de los títulos, porque estando sujeto á la eviccion puede necesitarlos para su defensa. Pero si esto valiera observa Troplong, el comprador podria estar privado siempre de sus títulos á pretesto de un recurso que acaso nunca tenga lugar.

Los títulos á que nos referimos, son los que obren en poder del vendedor; pues de ninguna manera se puede pretender que este saque á sus espensas copia de los que se hallen depositados en los archivos públicos.

Finalmente, el vendedor como deudor de la cosa, y en tal concepto obligado á su entrega, debe sufrir los gastos necesarios para el cumplimiento de la obligacion; salvo pacto en contrario.

### Artículo 2.°

#### *Modos de verificar la entrega.*

La obligacion de entregar la cosa se ejecuta por la tradicion, que es el acto de pasar al comprador el señorío de la cosa vendida. Como en otra parte dejamos dicho la tradicion consta de tres elementos: el abandono voluntario de la cosa por su dueño, la aprension por parte del comprador, y su intencion real y perfecta de hacerla suya.

Los antiguos intérpretes considerando que puede haber dos medios de entrar en posesion de una cosa, ó por ocuparla materialmente ó por actos que indirectamente denoten el mismo resultado, han distinguido dos clases de tradiciónes, una real y otra fingida ó simbólica. La escuela moderna rechaza esta division por inútil y hasta por contraria á los hechos y al espíritu general del derecho romano; pero no hemos de entrar en esta cuestion. Troplong la examina en el cap. IV, y allí remitimos al lector que desee conocer las razones con que se sostiene este debate. Ello es cierto que los actos por los que se verifica el *apoderamiento* de la ley de Partidas, no son todo iguales: bien ó mal calificados, que en esto puede consistir el error, lo esencial es dar siquiera idea de los modos mas usuales de tradicion para los bienes inmuebles, los muebles y los derechos.

El vendedor cumple con esta obligacion respecto á los primeros, no solo cuando instala al propietario en el predio ó en la casa dándole su posesion material, sino entregándole las llaves, las llaves que no son solo el signo representativo de la finca, sino

el instrumento necesario para disponer y aprovecharse de ella.

La entrega de los títulos de propiedad: *emptionum mancipiorum instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem, et traditionem factam intelligis* (Ley 1.ª, tít. LIV, lib. VIII, Cód.).

Se ha creido por alguno que el título es aquel en cuya virtud el vendedor cede su propiedad al comprador; pero otros opinan que la ley habla de los títulos que aseguran la propiedad en manos del vendedor, y cuya cesion da al comprador la garantía de que se le trasfieren derechos positivos. Esta opinion tiene un apoyo en la ley 8.ª, tít. XXX, Part. III: *dando un ome á otro heredamiento ó otra cosa cualquier, apoderándole de las cartas porque la el ovo, ó faciendo otra de nuevo, é dandogela gana la posesion, maguer non le apodere de la cosa dada corporalmente.*

La tradicion de las cosas muebles puede tener lugar por la entrega manual ó real de la cosa, por la de las llaves del lugar donde están custodiadas, y en general por otro cualquier acto material ó simbólico que equivalga á su traslacion.

Respecto á los derechos, como en ellos no cabe entrega verdadera, surte sus mismos efectos la cuasi-entrega, que segun la ley 1.ª, tít. XXX, Part. III, se verifica usando de ellas aquel á quien pertenece el uso, consintiéndolo aquel en cuya heredad *lo ha.*

Los modos de constituirla son tres: 1.° Por la entrega de la escritura de cesion ó enajenacion: 2.° Por poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, ó que acrediten el derecho del vendedor; y 3.° Por el uso de cosa estraña con aquiescencia del dueño durante el tiempo de la ley como acontece en las servidumbres afirmativas.

### Artículo 3.°

*En qué estado, dónde y cómo ha de hacerse la entrega.*

El estado debe ser el que tenia la cosa, de cuyo principio, al parecer sencillo, fluyen notables consecuencias.

La venta de una cosa lleva consigo la de los frutos produ-

cidos desde el dia de la perfeccion de este contrato: *Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et functionum gravamen pertinet* (Leyes 13 y 16, tít. XLIX, lib. IV, Cód.).

Los frutos pendientes forman parte de la finca, y, aunque maduros pertenecen por entero al comprador: *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est* (Ley 13, § 10, lib. XIX, Dig.). Debe creerse como Cujas observa perfectamente: *ab eos etiam pluris vænisse.*

Por frutos se entienden los naturales é industriales: para los civiles se prefiere, como mas equitativo, el prorateo entre vendedor y comprador.

Comprende asímismo, y esto es muy principal, todo el contenido, tal como se espresara en el contrato: *Si in emptione modus dictus est, et non præstatur, ex empto est actio* (Paul., ley 2.ª de *Act. empt.* Digesto).

Mas acerca de este estremo, en que por confusion de los interesados pueden ocurrir dudas, establecen los jurisconsultos y aun los Códigos, varios supuestos.

Si la venta ha sido de un conjunto de cosas y se ha hecho por un precio alzado, aunque en el contrato se espresare el tanto que pudiera haber, y despues resultase mas ó menos de lo que se espresó, deberá entregarse todo su contenido.

Gomez alega, en apoyo de esta doctrina, dos razones: 1.ª Que la intencion de las partes fué referirse á cuerpo cierto y no á la cantidad: *ad corpus, non ad quamtitatem:* y todo lo que en él se encierra viene comprendido en la venta: 2.ª Que la asercion ó demostracion falsa no se considera final entre los contrayentes, de modo que vicie la disposicion: *Intentio partium fuit, se referre ad certam speciem, vel corpus, et quidquid intra illum continetur et reperitur conclusum, videtur venditum; item etiam quia talis asertio vel demonstratio falsa non censetur finalis inter contrahentes, ut vitiet dispositionem* (V. R., tomo II, cap. II, núm. 16).

Si la venta no se ajustó por un precio, sino á tanto por medida, solo tendrá obligacion el vendedor de entregar la cantidad que dijo que contenia, y no llegando á ella sufrirá una disminucion proporcional en el precio.

El propio espositor razona este nuevo caso diciendo que la intencion de las partes fué referirse al número, no á la especie y cuerpo, por lo que la paga debe hacerse segun el número; la asignacion de la cosa no aumenta ni disminuye el contrato ó la disposicion: *Quia intentio partium fuit se referre ad numerum, non vero ad ipsam speciem vel corpus: unde secundum numerum debet fieri solutio, et assignatio rei non minuit neque auget contractum vel dispositionem.*

Por falta de leyes pátrias se remite á varios textos del derecho romano, trascribiendo como decisivo el siguiente: *Qui agrum vendebat, dixit, fundi jugera decem et octo esse: et quod ejus admensum erit, ad singula jugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt: Pro viginti debere pecuniam respondit* (Ley 40, § 2.°, tít. I, lib. XVIII, Digesto).

Esta doctrina ha pasado á ser ley en los Códigos modernos, como puede verse consultando el Proyecto, arts. 1.392, 1.393 y sus referencias.

La regla, tratándose de bienes muebles, debe ejecutarse en todo su rigor siempre que la venta se haya hecho por peso y medida. Si compro un tonel de vino espresando que tiene cien arrobas, y graduando el precio por su número, tengo derecho á que se me entregue la totalidad: *ex empto tecum agam, si minus præstes* (Ley 6.ª, § 4.°, Dig. de *Act. empt.*). Cuando se haga á bulto ó por un tanto no podrá quejarse el comprador de un cálculo equivocado.

Finalmente; no cumple el vendedor, aunque esté pronto á entregar la cosa, si no lo hace en su tiempo y lugar.

El término es el del contrato si se hubiere estipulado, quedando responsable de los daños y perjuicios que por su falta hubiese irrogado al comprador á no provenir de accidente imprevisto é inevitable. Si no hubiese término prefijado, debe entregar la cosa tan pronto como el comprador, si ha pagado el precio, la reclame, salvo, como en el otro caso, accidente mayor.

El lugar es el del contrato si se hubiese convenido; sino, el del lugar donde esté la cosa.

Resulta, pues, que el contrato de compra-venta se perfec-

ciona cuando los contrayentes convienen en la cosa y en el precio, aun sin necesidad de que esta se describa específica y detalladamente (10 Noviembre 1866, 28 Enero 1868); se consuma con la entrega que respectivamente hacen el vendedor de lo que se vende y el comprador de la cantidad estipulada (19 Abril 1861 y varias otras), considerándose realizada la tradicion ó entrega, cuando el comprador entra en posesion de la cosa que es objeto del mismo contrato.

### Artículo 4.°

*Doctrina respecto al menoscabo ó aumento de la cosa vendida.*

Ley 23, tít. V, Part. V.—'*Cúmplese la vendida en dos maneras: la una se face en escrito, la otra sin el; cuando se face sin escrito aviniendose comprador é vendedor, uno de la cosa, otro del precio, dende en adelante, el daño que viniese en la cosa es del comprador. Eso mismo decimos cuando se face por escrito; luego que la carta es acabada é firmada con testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer lo cosa non sea pasada al su poder. Esto seria como si oviese comprado cualquier animal, é despues que la vendida fuese complida enfermare, en guisa que pierda algun miembro, ó se muriese sin culpa del vendedor; ó si oviese comprado alguna otra cosa é la quemase fuego, é se derribase toda ó parte della, ó se empeorase de otra guisa sin culpa del vendedor: é lo mismo seria si la cosa se perdiese, é empeorase en otra manera semejante desta, sin culpa del vendedor.* '*Otrosí cumplida seyendo la vendida en alguna de las maneras susodichas, la pro que despues viene á la cosa comprada seria del comprador, maguer la cosa non fuese pasada á su poder. Esto seria como si oviese comprado algun campo ó viña, é despues que la vendida fuese fecha, avenidas de rios acresciesen la cosa comprada en alguna partida de tierra en que aviniesen árboles ó otra cosa, por que se mejorase: otrosi, cuando la vendida fuese acabada, vale la cosa cien maravedis, é despues por mudamiento de la condicion del tiempo valiese doscientos ó mas: ca cuanto quier se mejorase la cosa despues que la vendida sea com-*

*plida, en estas maneras ó semejantes, toda la mejoria será del comprador. Ca guisada cosa es como á el pertenesce el daño, si la cosa se perdiese ó se empeorase; que le pertenesca otrosi la mejoria que en ella viniere.*

Títulos enteros hay en el derecho romano con los cuales comparar esta ley. Era máxima inconcusa del mismo que el menoscabo ó aumento de la cosa vendida verificado sin culpa del vendedor, pertenecia al comprador aun antes de entregar la cosa: *Cum autem emptio et venditio contracta sit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori, tradita non sit... Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem acccesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est* (§ 3.°, tít. XXIII, lib. III, Inst.).

Reproduce esta doctrina el tít. VI, lib. XVIII, Dig. de *Perec. et comm. rei vend.*

Los Códigos anteriores al de Partida presentan escasos vestigios, porque la ley 17, tít. X, lib. III, F. R., que se cita por única concordancia, es oscura é imperfecta.

Pero mas que la parte histórica debe interesarnos la causa filosófica de esta disposicion. Algunos escritores, entre ellos Puffendort y Barbeyrac, sostienen que los jurisconsultos romanos se separaron en esta materia de los verdaderos principios del derecho natural, por lo que opinan que el aumento ó menoscabo de la cosa vendida debe correr de cuenta del vendedor en tanto que permanezca propietario de la cosa, no habiendo habido morosidad por parte del comprador para recibirla. Dos argumentos alegan en apoyo de esta teoría: 1.° Que es máxima reconocida tambien por la jurisprudencia romana que la cosa corre por cuenta del propietario: *res domino perit*: 2.° Que el comprador no viene obligado á pagar el precio, sino á condicion de que le den la cosa.

Pothier se hace cargo de estos argumentos, y dice: en cuanto al primero, que la máxima es cierta tratándose de contraponer la responsabilidad del propietario de una cosa con la que corresponde á los que tienen su custodia y su uso: enton-

ces la cosa perece para el dueño no para estos, los cuales por la pérdida de la cosa quedan libres de la obligacion de entregarla como no haya ocurrido por su culpa, pero que no lo es cuando se opone el propietario deudor de la cosa al acreedor que tiene derecho á pedir la entrega; en este caso en que se encuentra el vendedor respecto del comprador, el deudor está exento de entregar la cosa si perece sin su culpa. Cada uno de los interesados en esta cosa pierde el derecho que tenia en ella ó con relacion á ella, pereciendo por caso fortuito: el propietario pierde el suyo tal como le conservaba despues de la venta, es decir, un derecho que no podia ya retener, que estaba obligado á trasmitir al acreedor, y este pierde el suyo, derecho que por su parte consistia en hacérsela entregar.

Viniendo al segundo argumento niega la proposicion. El comprador se obliga á pagar el precio, no á calidad de que el vendedor le entregue la cosa sino que se comprometa á hacer que la pueda adquirir; basta, dice, que el vendedor se haya obligado á esto válidamente y que no haya faltado á esta obligacion para que la del comprador reconozca una causa y subsista. En efecto, las obligaciones de vendedor y comprador, aunque correlativas al principio de su existencia, son sucesivas, despues de creadas; la una puede estinguirse y la otra subsistir, porque cada una tiene su modo particular de ser y causa propia de su extincion.

El principio de que se valieron tan respetables jurisconsultos para salvar esta aparente contradiccion es de una sencillez ingeniosa, el vendedor tiene una propiedad de nombre, es un verdadero deudor segun la máxima de derecho: *qui actionem habet ad recuperandam rem, ipsam rem habere videtur* (15 de *Reg. juris.*).

Ahora bien, regla es de aquel derecho y de todos, que el deudor de especie se liberte de toda obligacion pereciendo la especie.

En nuestros dias va prevaleciendo una jurisprudencia que acaba con esta dificultad. En el Proyecto de Código se establece que el dominio de la cosa pase al comprador desde que esté perfeccionada la venta, y aun antes de su entrega, en razon á

que desde entonces es acreedor á la cosa, y no lo seria, sin tener un derecho en ella.

Prévios estos antecedentes que hemos creido necesarios para la inteligencia de esta ley, entremos en su exámen. Consta de dos partes: la primera declara de cuenta del comprador los daños de la cosa vendida; en la segunda, por igual razon que le hace sufrir las pérdidas, le adjudica las mejoras; pero eso ha de ser con tres condiciones: que la compra esté perfecta, que la cosa sea específica y determinada, que el cambio ó alteracion sea natural.

La venta está perfecta en cuanto comprador y vendedor se convienen en la cosa y el precio, si la hacen de palabra; y cuando se hace por escrito, una vez otorgada la escritura. Nada tenemos que añadir á lo que dejamos espuesto acerca de este requisito.

La cosa ha de ser específica, cuya circunstancia se cumple en los casos citados á manera de ejemplo: la bestia que se muere, la casa que se quema, el campo ó viña mejorados, cosas todas determinadas, circunstancia de tal suerte precisa, que por falta de ella hay cosas, cuya pérdida ó mejora constituye una escepcion de la regla: *Cum speciem venditam per violentiam ignis absumtam dices..... amissæ rei periculum te non adstringit* (5). *Mortis causæ ancillæ distractæ etiam ante traditionem, non ad venditorem sed et ad emptorem pertinet* (6, Cód. de *Per. et com. rei vend.*).

El cambio ha de ser fortuito: dos veces hablando del menoscabo, repite la ley que ha de ocurrir sin culpa del vendedor. La culpa por los principios de que antes hemos hablado ha de ser la lata y la leve: *Diligentia à venditore exigitur, non utique summa et exactissima; sed media, id est, talis qualem vulgo bonus et frugi paterfamilias rebus suis adhibet: quam si præstiterit securus esse debet* (Vin., lib. III, tít. XXIV, § 3.°, núm. 10).

Dícese por el contrario que ha habido mejoras, si habiendo comprado campo ó viña se aumentase por aluviones de tierras donde naciesen árboles, ó comprada por veinte una cosa llegase á valer ciento por mudamiento de la condicion del tiempo: *Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem..... ad emptoris com-*

*modum pertinet: nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris* (Ley 7.ª, Dig. de *Per. et com. rei vend.*).

Prodúcese este efecto por la índole especial del contrato aun antes de que la cosa entre en poder del comprador: *Non requiritur traditio rei ad perfectionem emptionis quoad commodum vel periculum, licet quod translationem dominii requiratur traditio* (Glosa 8.ª).

Ley 24.—*El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida es del comprador maguer la cosa non sea venida á su poder.* [1]*Pero cosas y a que non seria así, ca si alguno compare vino, gengibre ó cinamomo ó algunas otras cosas semejantes, que han los omes por costumbre de las gustar antes que las compren, é si tales cosas se vendiesen por peso ó medida, é se perdiesen ó empeorasen ante que fuesen gustadas ó pesadas ó medidas; seria el peligro del vendedor, é non del comprador, maguer fuesen ambos avenidos en el precio. Mas si despues que fuesen gustadas, ó pesadas ó medidas se perdiesen ó empeorasen seria el peligro del comprador é non del vendedor...*

Como la ley es larga, la descompondremos en capítulos. El 1.º señala una escepcion á la regla de que el daño de la cosa vendida pertenece al comprador: si la cosa fuese fungible, de las que se venden por peso y medida ó acostumbran á gustarse y se empeoraran ó perdieran antes de gustarlas, pesarlas ó medirlas, el daño pertenecería al vendedor. Al declarar el derecho de cuenta del comprador los daños de la cosa vendida, supone la venta perfecta como lo es en efecto la de un cuerpo cierto y determinado cuando los contrayentes se convienen en el precio, pero si la venta fuere de cosas que consisten en cantidad, cuales son las que se compran por peso y medida, la venta no es perfecta hasta que se pesan ó se miden; antes de ese tiempo el daño corre por cuenta del vendedor: *In his, quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento... non aliter videtur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint* (Ley 35, § 5.º, Dig. de *Cont. empt.*).

.....[2]*Pero si se aviniesen comprador é vendedor en el precio é señalasen dia á que gustase el comprador la cosa ó en que la pesasen ó en que le mediesen; si el comprador non viniere aquel*

*dia señalado y despues desto se perdiese ó menoscabase, seria el peligro del comprador.* [3]*Mas si acaesciese que el vendedor é el comprador no señalasen dia cierto..... el vendedor puede facer afrenta al comprador delante testigos que vaya á gustar, ó pesar ó medir la cosa que vendió. E si non lo quisiese facer, dende en adelante, si la cosa se perdiese é empeorase, el peligro es del comprador. E aun decimos que el vendedor despues que esta afrenta haya fecho, puede vender la cosa á otro si quisiere. E si algo menoscabare en la vendida es tenudo de refacerle aquello que por esta razon menoscabare.....*

El contrato de cosas indeterminadas no está perfecto antes que estas se especifiquen en cuanto á trasferir al comprador el peligro de su pérdida; lo está, sin embargo, respecto á las demás obligaciones. Por eso dice la ley que si se señaló dia para verificar el peso ó la medida, y el comprador no se presentare, desde aquel dia corren de su cuenta los daños. Este es el éfecto de su morosidad: *Si per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit* (Ley 3.ª, § 4.°, Dig. de *Act. empt. et vend.*).

Si no señalaron dia, debe el vendedor notificarle por ante testigos para que vaya á presenciar el peso ó la medida: si no lo hace, desde entonces en adelante, corren de su cuenta los riesgos; no solo esto: puede el vendedor vender á otro la cosa, y si lo hiciese con pérdida, reclamar su importe del primer comprador.

La ley resuelve este caso de conformidad con otras romanas, singularmente la 1.ª y la 4.ª, Dig. de *com. et per rei vend.*, por el deseo no de hacer mejor la condicion del vendedor, sino de evitarle perjuicios. El derecho es igual para todos: castiga la morosidad en el que la tiene.

[4]*Mas podria facer el vendedor: que si oviese menester aquellos vasos en que tuviere el vino ó otra cosa que oviese vendido, que puede alogar otros á costa é á mision del comprador. E si non fallase vasos á loguero é aquellos que oviese vendido fuesen de tal cosa que oviesen de coger otro fruto, atal como aquel é non lo oviese en que meter, asi como vino ó cosa semejante, puede*

*echar en la calle ó en la carrera pública aquello que oviese vendido pesandolo é midiendolo primero, echandolo asi fuera. E puede esto facer el vendedor desde el dia en adelante que fué puesto que viniese el comprador á medir ó pesar las cosas sobredichas despues que fué afrontado que las viniese á tomar.*

Hé aquí un nuevo y mas violento efecto de la morosidad: el vendedor puede alquilar á espensas del comprador vasijas donde poner la cosa vendida, vino ó lo que sea; si no las hallare y necesitare las suyas para colocar fruto suyo semejante, puede medir ó pesar lo vendido y arrojarlo á la calle.

El comentador recomienda que son necesarias ciertas precauciones antes de llegar á estè estremo: la denuncia ante testigos: la venta á nuevo comprador: el alquiler de nuevas vasijas y la falta de otras equivalentes, donde poner el comprador los nuevos frutos; debiendo advertir que aunque la ley parece limitada á la compra verificada sin señalamiento de dia en que pesar ó medir la cosa, la 1.ª, § 3.º, no distingue casos: *Licet auten venditori vel effundere vinum si diem admetiendum præstituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denunciet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.*

*Lo que decimos en esta ley ha lugar en todas las cosas que los omes han por costumbre de gustar ó de medir ó pesar. Mas si la vendida fuese fecha de oro, ó de plata ó de civera ó cosa semejante que suele venderse á peso ó medida tan solamente, decimos que si peligro alguno acaesciese en aquella cosa perdiendose toda ó parte ante que sea pesada ó medida, es del vendedor el peligro. Pero si rafezasen ó encaresciesen en aquel lugar las otras cosas que fuesen tales como aquella, la mejoria ó menoscabo que aviniese por esta razon, seria del comprador tan solamente.*

El precepto es comun para todas las cosas de su especie, ó sea las que se compran á prueba ó por peso ó por medida; pero tiene una aclaracion digna de particular estudio: la ley termina con estas palabras: Si la venta consistiere en oro, plata, trigo ó cosa semejante, y antes de ser pesada ó medida acaeciese peli-

gro de que se perdiese todo ó parte de ella, el peligro es del vendedor. Pero si subsistiendo la cosa sucediera que el precio de las de su especie abaratase, ó se encareciese, la mejoría ó el menoscabo que ocurriese por esta razon será tan solamente del comprador. Quiere decir que si bajare el precio, deberá pagarle entero segun la convencion, y si subiere, no ha de pagar mas que el convenido. Gregorio Lopez llama esta disposicion singular, sin antecedente al menos espreso en el derecho romano y la recomienda mucho, advirtiendo que estas ventas no se encuentran perfectas en cuanto al peligro, pero sí, en cuanto al aumento ó baja del precio: *licet ante mensurationem periculum non pertineat ad emptorem, quia quoad hoc venditio non dicitur perfecta, tamen quoad augmentum vel diminutionem pretii censetur perfecta* (Glosa 11).

Cosas fungibles. **25.** *Aviene á las vegadas que algunas de las cosas que se podrian pesar ó medir, que las venden los omes ayuntadamente á vista, non las pesando nin las midiendo, asi como cuando vende un ome á otro el vino de alguna bodega, ó el olio de algun almacen, ó la uva de alguna viña ó otra cosa semejante. E decimos que despues que el comprador é el vendedor se avienen en el precio sobre algunas de las cosas sobredichas ó otra semejante, faciendo la vendida á vista así como dicho es, si despues deso se pierde ó se menoscaba, ó encarece la cosa que es así vendida, la pro ó el daño es del comprador tan solamente.*

Cuando las cosas no se venden por medida sino á ojo y por un precio, la venta queda perfecta desde el momento del contrato, y desde ese momento el riesgo, lo mismo que en las demas cosas, corre de cuenta del comprador. El caso es distinto del anterior: el precepto una nueva resolucion de la Jurisprudencia romana: *Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit ad periculum emptoris pertinebit: etiam si res adsignata non sit* (Ley 62, Dig., de *Cont. empt.*).

La duda que hoy podia ofrecerse y que dividió ya á los tratadistas del derecho romano y del pátrio, consiste en saber cuándo se ha hecho la venta de una vez y en el todo, de modo que en el acto sea perfecta; y cuando depende de la medida, de modo que no sea perfecta hasta que ésto se verifique.

Para resolver esta cuestion hay que consultar dos circunstancias; la cosa y el precio. La ley de Partida deja alguna oscuridad, porque dice *ayuntadamente á vista, non las pesando, ni midiendo:* calla sobre la espresion del precio, y sin embargo, este es dato mas esencial como lo prueba la ley 35 clave de esta materia: *nam si omne vinum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est quod in cœteris rebus* (§ 5).

Una cosa se supone vendida de una vez y en el todo sin sujecion á medida, cuando se verifica por un tanto alzado: te compro todo el trigo de tu granero ó el vino de tu bodega por mil duros: nada hay aquí de incierto, ni indeterminado, ni en la cosa, ni en el precio: se vende una sola cosa por un solo precio. Y lo mismo seria aun refiriéndose á cantidades, si no se dijese tantas medidas de tal cosa, sino tal cosa que se supone ser de tal cabida: v. gr., vendo por mil pesos tal prado, que se calcula de cabida de cien fanegas: que tenga mas ó tenga menos es indiferente, porque la cosa está determinada y el precio es mio.

La venta, en vez de ser de una totalidad y á ojo, estaria sujeta á medida en dos circunstancias, á saber, si el precio se fijó con relacion á número, peso ó medida, v. gr., tanto por arroba, cántaro, etc., ó si aunque materialmente suena un solo precio, se espresó además el número, peso ó medida. Ejemplo de lo primero seria si se dijese, te vendo todo el trigo de mi granero ó el vino de la bodega, á tanto la fanega de trigo ó la cántara de vino. Aunque algun autor ha supuesto que la medida no es una condicion suspensiva, y que la venta hecha bajo esta condicion, no deja de ser una venta en especie, no lo creemos así; por lo cual, si en el caso propuesto dije yo, por ejemplo, que he vendido cien fanegas á tres duros, resultará que lo que aparezca mas de cien fanegas no está vendido. Ejemplo de lo segundo seria si dijese te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales; pues se reputa este precio como el total ó la suma del que se ha dado á cada fanega: *Nihil interest unum pretium omnium metretarum an semel dictum est, an in singulos eos* (Ley 35, § VII., Dig., de *Cont. empt.*).

COSAS VENDIDAS BAJO CONDICION. Ley 26.—[1]*Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa se empeorase ó mejorase ante que la condicion sea complida, el daño de aquel empeoramiento ó la pro pertenece al comprador.* [2]*Mas si la cosa se perdiese ó destruyese toda por cual manera quier, el daño seria del vendedor, maguer se compliese la condicion despues.* [3]*Otrosi si ficiesen algunos vendida so condicion é ante que fuese cumplida se muriese el comprador ó el vendedor, ó ambos, ó cualquier dellos, si despues que fuesen muertos, se compliese la condicion, valdria la vendida, é serian tenudos los herederos dellos de la aver por firme.*

Segun esta disposicion y su original, la 8.ª, Dig. de *Per. et com. rei vend.*, el daño ó aumento de la cosa vendida bajo condicion, es de cuenta del comprador, si la condicion se cumple: *Si sub conditione res venierit..... et conditio exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt.* Si la destruccion fuese total, la pérdida seria del vendedor, pues aunque la condicion se cumpla, no puede ya confirmar una cosa que no existe.

Si los contrayentes fallecen, pendiente la condicion y despues de su muerte se cumple, los herederos se obligan á ejecutar el contrato como el difunto si viviese: *Quod si pendente conditione, emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, hæredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emptione in præteritum* (Dicha ley).

Omitimos el comentario; pues este párrafo, aunque forma parte de la ley, no corresponde directamente á la materia.

MOROSIDAD EN LA ENTREGA. (27).—[1]*Tardanza faciendo el vendedor de dar é entregar la cosa al comprador quel vendió, despues que fuesen avenidos en el precio; si el comprador le afrontase ante testigos que le diese aquella cosa que avia comprado del, é que recibiese el precio della, combidandolo con él é mostrandogelo; si el vendedor non le diese aquella cosa é despues desto se perdiese ó empeorase, seria el peligro del vendedor porque es en culpa, por razon de tal tardanza.* [2]*Mas si despues desto quisiese el vendedor dar la cosa al comprador, ante que fuese perdida, nin menoscabada, é el que la comprase tardase, que la*

*non quisiese recibir, si despues desto se perdiese, ó empeorase la cosa, seria el peligro del comprador, porque la tardanza postrimera avino por su culpa.*

Por la tardanza ó morosidad en entregar la cosa, corre á cargo del vendedor el daño de ella, si despues de convenido el precio, el comprador le requiriese ante testigos para que se la entregara y recibiera el precio invitándole con él y enseñándoselo, sobre cuyos requisitos, recomendados por varios testos, llama la atencion el comentador: *Oferri pretium ab emptore debet cum ex empto agitur, et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio* (Ley 13, Dig. *Act. empt.*, § 8.°).

Si á pesar de la tardanza, no habiéndose perdido todavía la cosa, el vendedor la quisiere entregar y el comprador demorase el recibirla, tomaria sobre sí el daño, porque la última tardanza fué por su culpa. Atento el legislador á las prescripciones de la jurisprudencia romana, copia esta resolucion de la ley 17, Dig., de *Per. et com.*: *Si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emptori potius nocere quam venditori, moram adhibitam: sed videndum est, ne posterior mora damnossa ei sit.*

Declaracion. Ley 39.—[1]*Pleito faciendo el vendedor con aquel que compra, que si la cosa que le vende se empeorase ó perdiese ante que la entregase al comprador, tal daño ó empeoramiento, pertenesca al vendedor, seria el peligro del que la vendió.* [2]*Eso mismo seria si la cosa que vendiese, fuese vino, diciéndole al comprador que era de tal lugar, ó de tal natura que se podria guardar, que se non dañaria por un muy gran tiempo. Ca si se dañase ó se empeorase, ante que lo oviese entregado, suyo seria el peligro é no del comprador. Lo mismo seria, si supiese el vendedor que el vino era tal que se dañaria é se callase.*

En dos casos, además de los anteriores, el daño de la cosa vendida es del vendedor. El primero es por pacto; los contrayentes pueden unir los que quieran á los contratos siendo lícitos, como este lo es. La ley copia esta escepcion de la 10 del Digesto, dic. tít. *Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris servaretur, puto pactum valere.*

El segundo cuando la cosa vendida fuese vino y el com-

prador dijese que era de tal lugar ó tal naturaleza que podria conservarse mucho tiempo, si se dañara ó empeorase antes de entregarlo, el peligro seria del vendedor, lo mismo que sucederia si sabiendo que tenia un vicio oculto, lo callase.

El vendedor del vino debe advertir honradamente al comprador acerca de su calidad y condiciones de duracion; y si por malicia calla el peligro, le pertenece á él aunque el vino esté vendido en especie. Así dice el comentador citando la ley 15, *si vina Dig. de per. et com.*, que en parte contiene el argumento de esta ley.

### Artículo 5.°

*Orígen y naturaleza de la eviccion.*

La obligacion del vendedor de entregar la cosa tiene por complemento la eviccion, que es el remedio establecido por el derecho en favor del comprador que ha sido inquietado ó perturbado en su posesion.

Aunque de orígen antiguo y conforme á la naturaleza del contrato, no fijó la atencion de los legisladores visigodos; por lo menos no recordamos haber hallado ley que la declare. Si del exámen de los Códigos pasamos al estudio de los documentos que reflejan la accion y la vida de los pueblos, hallaremos la prueba de que esta precaucion no fué completamente desconocida. Los antiguos diplomas contienen, sino siempre, con frecuencia, una fórmula, en la cual de muchas maneras, segun el estilo y cultura del notario ó escribiente, se declara que si alguno de su familia ó de fuera en algun tiempo viniese contra aquel acto (venta, donacion ó cambio), fuese maldito, escomulgado, etc., é incurriera en cierta pena, una multa en metálico y generalmente muy crecida. Mas tarde se agregó la cláusula de que el otorgante devolveria la cosa inquietada ú otra igual, doblada ó triplicada en igual sitio y con iguales condiciones. Aunque esta precaucion era mas eficaz, temiendo que los herederos hallasen medio de eludirla, se apeló al remedio de dar un fiador que llamaban de saneamiento, que respondia del cum-

plimiento del contrato, con lo cual la garantía se prorogaba dos generaciones: tiempo en aquella época mas que suficiente para asegurar el efecto de estos contratos.

En el Fuero Real, la eviccion está mejor definida: *Todo ome que alguna cosa vendiere á otro, sea tenudo de le defender con ella á derecho, cuando quier que viere que alguno gela demandare, si el comprador gelo dijere; é si este respondiese en el juicio, no lo faciendo saber al vendedor, ó no quisiere venir á oir la sentencia si fuere vencido, no se puede tornar á aquel que la vendió* (Ley 7.ª, tít. X, lib. III).

En las Partidas fué ya lo que habia sido en los Códigos justinianeos, casi lo que ha venido á ser en los modernos.

La frase romana *evictio, evincere*, ha sido traducida en las Partidas por la de saneamiento, atendiendo al deber que sobre el vendedor pesa de hacer sana al comprador la cosa vendida. Esta diversidad de lenguaje exige una pequeña esplicacion.

El verbo *evincere* de donde se deriva el sustantivo eviccion, no tiene en nuestra lengua traduccion propia: significa adquirir por medio de un triunfo judicial y en virtud de un derecho preexistente, una cosa del que con justa causa posee: *aliquid vincendo auferre;* la eviccion *(evictio)* es el triunfo: *res evicta*, la cosa así adquirida.

El ejercicio de este derecho consta de tres partes: el acto de eviccion, la accion de eviccion, y la prestacion de eviccion ó saneamiento.

El primero compete al dueño de una cosa que habiendo pasado sin su consentimiento á poder de otro que la posee por título oneroso, pide un juicio que se le devuelva. Es una verdadera desposesion jurídica que la jurisprudencia romana define con las siguientes palabras: *Rei nostræ quam adversarius justo titulo acquisivit, per judicem facta recuperatio.*

La accion de eviccion se refiere al que la estaba poseyendo en virtud de dicho título, y puede ser definida, derecho que compete al comprador á quien se le privó en juicio de la cosa que habia adquirido, para reclamar del que se la vendió el precio ó su indemnizacion. El derecho romano reconoce y desen-

vuelve el ejercicio de esta facultad en dos títulos: el II, lib. XXI Dig. y el XLV, lib. VIII del Código: *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem* (Ley 1.ª, Dig.). *Re evicta ex empto competere actionem* (Ley 6.ª, Cód.).

La obligacion de prestar la eviccion corresponde al que sin ser dueño de la cosa la trasmitió á otro recibiendo su precio. Los romanos denominaron *auctoritas* á la garantía ó seguridad contra la eviccion: *Auctoritatem præstare, auctor esse:* era dar ó deber esa garantía. En su consecuencia, el vendedor quedaba obligado á devolver el precio ó reparar los daños ocasionados al comprador que perdió la cosa en juicio: *Evicta re ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.* (Ley 70, Dig. id.).

### Artículo 6.º

*Doctrina jurídico legal acerca de la eviccion.*

Ley 32, tít. V.—[1]*Quita é libre de todo embargo debe ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quisiere embargar, ó moverle pleito sobre ella, gela debe facer sana.* [2]*Pero luego quel movieren pleito, tenudo es el comprador de facerlo saber al que gela vendió, ó á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos que fuesen aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él.* [3]*E si alguno asi non lo ficiere saber al vendedor, si despues fuese vencido en juicio, non podria demandar el precio á aquel que gela vendió, nin á sus herederos.* [4]*Mas si gelo ficiese saber é non quisiese el vendedor amparar al comprador ó non lo puede defender á derecho, el vendedor tenudo es de tornarle el precio, que recibió del por aquella cosa que le vendió, con todos los daños é menoscabos que le vinieron por esta razon.* [5]*E si por aventura cuando gela vendió se obligó á pena del doblo, si non gelo amparase segun derecho; con todo eso non se entiende que le debe pechar el precio doblado tan solamente, mas la cosa doblada maguer mas valiese.*

Para el mejor estudio de esta ley la analizaremos por capítulos.

El vendedor debe entregar al comprador la cosa quita y libre de todo embargo, de modo que si alguien se la quisiese embargar ó moverle pleito, está obligado á hacerla sana.

Ya que no se exija del vendedor que traspase al comprador el dominio de la cosa vendida, suponiendo, conforme á una antigua teoría, que cumple con trasmitir la posesion, debe hacer de manera que esta sea efectiva, que esta sea estable. *Ratio possesionis, quæ à venditore fieri debeat talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur* (Ley 3.ª de *act. emp.*). Los códigos modernos declaran que por virtud del saneamiento responde el vendedor al comprador de la posesion pacífica de la cosa vendida.

Avanzando en la materia tendremos ocasion de ver que la garantía, ó lo que llama la ley, el saneamiento, comprende dos obligaciones subordinadas: la de salir á la defensa de la cosa, y la de prestar la indemnizacion. La primera es principal: *principalis, imo principalior quia ut est primum caput evictionis: ita est primaria obligatio qua tenetur venditor emptori*: la segunda es accesoria: *obligatio vero ad interesse et restitutionem pretii cum non succedat nisi in prioris defectum, secundaria est, et potius videtur accessoria* (Dumoulin).

Considerada como una rama de la accion personal *ex empto*, la eviccion procede aunque no se haya estipulado: *Non dubitatur et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem* (Ley 6.ª, Cód.).

La real cédula de 15 de Octubre de 1805 inserta en la ley 1.ª, tít. V, lib. I, del suplemento á la Nov. Recop. sobre enajenacion de bienes eclesiásticos en cuyo art. 44 se previno que las escrituras contuvieran cláusula espresa de eviccion y saneamiento no puede ser aplicable mas que á los casos concretos de que se ocupa (S. 21 Marzo 1865).

Supuesta dicha obligacion una de las del vendedor (14 Marzo 1863 y otras), infringe la presente ley la sentencia que de ella le exima, cuando la tiene como sucede vendida una finca como libre de carga, si luego resulta alguna (29 Diciembre 1863 y 4 Marzo 1865).

Para que el comprador conserve este derecho, ha de hacer-

lo saber al vendedor cuando le muevan el pleito, ó lo mas tarde, antes que sean abiertos los testigos.

Dirigida la accion á que el vendedor tome la defensa de la causa del comprador: *factum defendendi*, está justificada la necesidad de la denuncia: *Si controversia tibi possessionis quam bona fide te emisse allegas, ab aliquo movetur: auctori hæredive ejus denuntia: et si quidem obtinueris, habebis quod emisti* (Ley 9.ª, Cód.). *Si cum possit emtor auctori denuntiare non denuntiasset: idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest* (Ley 53, Dig.).

El derecho romano no señalaba plazo á esta accion con tal que se ejercitara antes de recaer sentencia condenatoria: *Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non præfinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* (Ley 29, § 2.º, Dig.). La ley de Partidas dice: desde luego ó lo mas tarde antes que sean abiertos los testigos en juicio, cuya frase ha sido motivo de duda para los autores. Han supuesto algunos que el comprador cumple avisando al vendedor antes de la publicacion de probanzas ó antes de unirse la prueba á los autos. Pero Viso hace notar que de entenderse así se seguiria que como estos actos tienen lugar despues de concluido el término de prueba, la notificacion seria inútil si habia trascurrido ya el tiempo para utilizar su defensa; por lo cual opina que debe el comprador citar de eviccion al vendedor, ó desde luego que se haya movido el pleito, ó antes de concluir el término de prueba, á fin de que quede tiempo para hacer su defensa.

Esta es tambien la opinion de Gregorio Lopez, pues en la Glosa 3.ª dice: *Est enim fienda eo tempore quo venditor habeat legitimum tempus ad probandum de jure suo.*

La misma de Gomez segun se infiere de las siguientes palabras: *Unde pro perfecta declaratione dico, quod denuntiatio debet fieri ante publicationem testium, et ante conclusionem in causa, et similiter antequam transeat tempus exceptionis proponendæ et propositionis faciendæ, quia si postea fieret nunciatio non posset venditor, vel auctor, rem defendere, nec jus suum in judicio proponere et probare cum debeat assumere litem in statu quo erat* (Var. Res., núm. 39).

El comprador de una cosa pierde su derecho al saneamiento de ella por parte del vendedor, si cuando le fuese movido pleito sobre la misma no lo hace saber y notificar á este antes de la publicacion de probanzas, segun lo establecen terminantemente esta ley y la 36 (S. 17 Marzo 1865).

La denuncia deberá hacerse al vendedor sin distinguir si está ó no presente (S. 17 Marzo 1865), y por su muerte á los herederos, á menos que espresamente convinieran que no debia proceder la denuncia, ó el mismo hubiese contribuido á que no llegase á su noticia la advertencia del litigio; cuya escepcion tiene tambien lugar, cuando al comprador no le es posible saber donde se halla el vendedor.

Si el comprador no hiciere la denuncia al vendedor, y fuere vencido en juicio, no podria reclamar el precio ni á él ni á sus herederos.

Un solo testo que citemos bastará para probar la conformidad de nuestra ley con la romana: *Emptor fundi nisi auctori aut ejus hæredi denuntiaverit: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet* (8.ª, Cód. id.).

El requerimiento tiene como todos los de su especie un órden establecido por la ley de procedimientos, por lo cual no necesitamos ya discutir si deberá hacerse la notificacion al vendedor, estando fuera de la provincia; si producirá el mismo efecto hecha á la familia ó al procurador ó al marido por la mujer, cuestiones que promueven los intérpretes.

Algunos de estos han sido de dictámen que aunque se haya omitido la notificacion, si el vendedor no alega escepcion legítima y atendible contra el derecho del restituido, tiene todavía lugar el remedio de la eviccion; porque inútil era este trámite si carecia de medios para enervar la accion. Debe, pues, el comprador utilizar sus recursos, y si el vendedor se escepciona con aquella falta, le replicará que no le interesaba la notificacion, una vez demostrado que no tenia defensa contra el evincente.

Esta doctrina no es de ley, porque el párrafo trascrito no

contiene limitacion; pero es racional si se consulta el fin para el que se exige aquella diligencia. Cuando los Códigos modernos declaran decaido por esta falta al comprador de su derecho, lo hacen bajo el supuesto de probar el vendedor que tenia medios bastantes para hacer valer su derecho y ser absuelto de la demanda; se necesita, dice Rogron, que el vendedor pruebe la existencia de estos medios, porque la demanda se presume justa desde que un juicio la declara tal (Art. 1640, C. F.).

Gregorio Lopez suscribe á esta opinion: *Cum finis hujus denuntiationis sit, ut venditor possit jura sua docere; qui si non habet, qui doceat, neque docere potest, non debet juvari ex omissa denuntiatione.*

En apoyo de esta doctrina hay otra consideracion, á saber: que segun varios testos puede el comprador reconocer la buena fé y restituir la cosa sin sentencia, si le consta que es ajena: *Idemque putat et si ex stipulatu aget, et sive defendat noxali judicio, sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu, vel ex empto agere posse* (lib. XIX, tít. I, § 12, ley 11, Dig.).

Gomez, respondiendo al caso de la consulta, resuelve la dificultad en estos términos: *Sed pro concordia dico, quod si jus evincentis sit adeo notorium, quod non possit aliqua probatione, vel defensione enervari, non requiratur denuntiatio, alias secus. Imo quod magis est, teneo, quod si est notorium rem esse alienam taliter, quod nulla defensio competeret venditori, vel auctori, posset emptor conventus antequam sit condemnatus per sententiam, rem restituere petitori* (39, id.).

Con igual uniformidad sostiene que puede escusarse por pacto la notificacion, opinion que funda en el siguiente fragmento: *Herenius Modestinus respondit, non obesse emptori agenti quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denunciandi necessitas* (63, Dig.).

Como en los Códigos romanos hay pruebas para todas las opiniones, han supuesto mas, y es que no basta la notificacion sino que há de acompañar el requerimiento al vendedor para que salga á la defensa, pero la ley solo exige: *sea tenudo de facerlo saber al que gela vendió.*

Si notificado el vendedor no quisiere amparar al comprador ó no pudiere defenderle á derecho, está obligado á devol-

verle el precio é indemnizarle daños y perjuicios (S. 3 Febrero 1863).

La obligacion de sanear produce dos efectos: el primero y mas natural es la restitucion del precio. ¿De qué precio habla la ley? ¿del que se dió por la cosa ó el que tenia en el acto de la eviccion? No hay uniformidad en los Códigos ni en los autores al resolver esta cuestion. Por derecho romano el vendedor debia entregar al comprador únicamente el precio que tuviere la cosa al tiempo de la eviccion: *Ut quanti sua intersit emptor consequatur: scilicet ut melioris aut deterioris agrifacticausa, finem pretii quò fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat vel excedat* (Ley 66). *Evicta re, ex empto actionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed at id quod interesse competere, ideoque etiam, si minor esse cœperit, damnum emptoris esse* (Ley 70, Dig.).

El Proyecto de Código copia esta doctrina en el art. 1400. Esta solucion parece en efecto sencilla y equitativa, pues lo que realmente pierde el comprador es el valor de la cosa al tiempo de la eviccion, sea mayor ó menor que el que tenia al tiempo de la venta; y no debe reclamar mas ni menos que lo que pierde, es decir, la completa indemnizacion.

El Código francés declara por el contrario en el artículo 1631 que cualquiera que sea el valor de la cosa al tiempo de verificarse la eviccion, el vendedor está obligado á restituir el precio. En apoyo de esta solucion se alega que el comprador satisfizo el precio por adquirir la propiedad; no habiéndosele trasferido esta, falta la causa para que el vendedor le retenga en su poder. ¿Si tan estrecha es la obligacion que pesa sobre el vendedor, aun cuando esté dispensado de la garantía, cuanto mas lo será, pregunta Troplong, habiéndola tomado á su cargo?

En nuestro sentir, dado, que la eviccion produce la nulidad de la venta, el comprador á quien se le priva de la cosa, tiene derecho á que se le devuelva el precio que pagó por ella. Cualquiera que sea la diferencia de los Códigos modernos, esta es la doctrina de la ley de Partida que dice; *tenudo es de tornarle el precio que recibió del por la cosa que vendió*. Si es idéntico al valor de la cosa para nadie hay perjuicio. Pero aunque sea

mayor, porque hubiese desmerecido en poder del comprador ¿á qué título ni con qué derecho retendria la diferencia del precio por una cosa que no es suya? Los incidentes sobre abonos de daños y deduccion de impensas deben decidirse por los principios establecidos para todos los de su clase.

No responde solo del precio, sino que además ha de indemnizar daños y perjuicios: *Si cum quæstio tibi super eo quem comparaveras moveretur, auctorem tuum certum fecisti..... præses provintiæ in damnis quæ te tolerasse meministi, medelam juris adhibisti* (Ley 17, Cód.).— *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat, nihil venditor, præstabit, præter simplum evictionis nomine, et ex natura ex empto actionis hoc quod interesse* (Ley 60, Dig.).

Merece anularse como infractoria de la presente ley la sentencia que declarando procedente el saneamiento respecto á la devolucion de la cosa vendida, lo niega en cuanto á la indemnizacion de daños y perjuicios, porque la eviccion comprende lo uno y lo otro (S. 3 Febrero 1863).

En la cláusula están comprendidos los frutos, si en la sentencia hubiera sido condenado á la devolucion; así como las costas del pleito que hubiera motivado la eviccion, y las del que hubiere seguido con el vendedor para el saneamiento.

Aquí surge una cuestion. ¿El comprador absuelto definitivamente en juicio, pero sin que el demandante haya sido condenado en costas, podrá repetirlas del vendedor? Por la negativa alega Gomez que el vendedor no responde al comprador del caso fortuito, y tal debe reputarse el causado por un pleito injusto, en el que no ha mediado culpa ni hecho alguno del vendedor: que si habia méritos para condenar en costas al demandante, el vendedor no es responsable de la impericia del juez: que no hay eviccion sino cuando el comprador es condenado y desposeido, lo que aquí no tuvo lugar. Sostiene, sin embargo, la afirmativa, aun cuando no se hubiera hecho mérito de tal obligacion en el contrato: *Quia in contractu emptionis in quo debetur evictio, tenetur venditor postquam est sibi facta denuntiatio emptorem in lite defendere, non tamen in se assumere litem et causam sed causa-*

*tive, si non vult teneri ad interesse, unde si non fecit, tenetur virtute actitionis et evicticnis* (47).

Nosotros creemos que no porque el vendedor esté sujeto á la eviccion, debe sufrir las consecuencias de un juicio temerario, que es como cualquier otra desgracia para el comprador.

La deduccion de impensas es siempre forzosa, pero con una distincion: si el primitivo demandante fuese reintegrado en la finca bajo condicion de satisfacerlas, es llano que el demandado no tendria que reclamar su importe del vendedor. Es el caso que decide Paulo en la ley 45, § 1.°, Dig. de *Act. empt.: Si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego ædificavero, atque ita eam dominus evincit; quia possum petentem dominum nisi impensam ædificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat.*

Si así no fuese, la obligacion de indemnizar corresponde al vendedor. Y de este caso debe entenderse la ley 9.ª, Cód. de *Evict.: Sin evictum fuerit, à venditore consequeris, quanti tua interest; in quo continetur etiam eorum persecutio, quæ in rem emptam à te, ut melior fieret, erogata sunt.*

Si las mejoras fuesen de grande magnitud, el vendedor de buena fé no debe ser condenado en mas de lo que pudiera calcularse, al tiempo del contrato, los daños y perjuicios á que se obligaba por la eviccion. Parece este temperamento equitativo, y es el que Paulo propone en la ley 43 de *Act. empt.*: *Plane, si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum à venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem posteam factum, vel pantomimum, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.*

Contra el vendedor de mala fé la siguiente pena: *In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet* (Ley 45, § 1.°, id.).

El Tribunal Supremo ha hecho una declaracion que merece ser tenida en cuenta sobre esta materia. Cuando el comprador, dice, es privado, de la cosa comprada que posee de buena fé, tiene derecho á ser reintegrado de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho en ella en cuanto aumentan su valor.

La responsabilidad directa de abonar al comprador dichas mejoras, no es del que vendió la cosa, obligándose á la eviccion, sino del dueño de ella que percibe la utilidad de lo mejorado (S. 24 Enero 1860).

Si se hubiere estipulado pena del duplo, el vendedor debe satisfacer no el duplo del precio, sino del valor de la cosa aunque mas valiere.

Aunque por derecho romano solia pagarse el duplo, siendo varias las leyes que establecen esta pena, el comentador observa que no es de esencia del contrato prestarla, como el vendedor no se haya obligado espresamente: *Ista lex vult quod, nisi conveniat, ad istam duplam venditorem non teneri.*

Ley 33.—[1]*Cosa ajena vendiendo un ome á otro, aquel cuya fué, puédela demandar al comprador á quien la falló.* [2]*Pero si el comprador dijere al que gela vendió que le venga á defender en juicio é á responder sobre la cosa al que la demanda, si el vendedor quisiere entrar con el demandador en juicio para ampararla, obligandose á facer derecho sobre ella, bien asi como si el la tuviese, el demandador non ha razon de la demandar al comprador; ante la debe demandar al que la vendió é dejar estar en paz al que la compró.* [3]*E si el vendedor non quisiese entrar en pleito con el demandador sobre la cosa, puedela demandar al comprador. Pero en salvo finca su derecho al comprador, de afincar por juicio al vendedor, quel faga sana la cosa que le vendió.*

Ley 6.ª, tit. X, lib. III, F. R.—*Si algun ome vendió cosa agena, y el comprador lo ignorase, tornele el precio é peche la pena puesta en la vendida, é cuanto mejorase en la cosa comprada é sanel todo el daño que el viniere por razon de aquella vendida.....*

Si uno vende cosa ajena, el dueño puede reclamarla del comprador: si el vendedor requerido por el comprador quisiere defenderle en juicio, el actor se dirigirá contra el vendedor: si no le defiende, continuará su accion contra el comprador, salvo el derecho de este para repetir contra el vendedor.

Nada diremos del derecho que tiene el comprador para pe-

dir que el vendedor venga al pleito: nos remitimos sobre esto á la doctrina ya espuesta. Unicamente debemos reparar que es potestativo en el vendedor salir ó no á la defensa (S. 10 Junio 1865), por lo que conviene esplicar los efectos de la eviccion en ambas hipótesis. Si sale á la defensa, el actor seguirá con él el juicio, dejando en paz al comprador. El vendedor es admitido á la defensa de su derecho, *etiam invito actore*, si bien se entiende que lo hace, sometiéndose al fuero del comprador: *venditor tenetur litigare et prosequi causam coram illo judice coram quo lis est capta, nec potest jurisdictionem declinare licet habeat privilegium fori* (Gomez, núm. 39, id.).

Y si por la mayor garantía del comprador ó por convenir mejor á su derecho resistiese el demandante litigar con el vendedor, ¿podria hacerlo? Gregorio Lopez contesta negativamente, fundándose en que la ley no hace distinciones: *cum indistincte velit emptorem in pace dimittendum* (Glosa 3.ª).

Si no saliere á la defensa, el pleito sigue con el comprador, salvo el derecho de este para pedir despues que le haga sana la cosa.

De la obligacion primitiva que el vendedor contrae *præstandi emptori rem habere licere*, nace la obligacion de defender al comprador ó de indemnizarle daños y perjuicios. Por efecto de esta facultad si renuncia á la defensa, consiente, como es natural, las consecuencias de un juicio contrario, quedando responsable á todos los efectos del saneamiento; no solamente del precio de la cosa en proporcion á la parte de esta de que se vea privado por sentencia judicial, sino tambien de todos los daños y perjuicios que por tal motivo se le hubiesen irrogado.

Ante qué juez debe seguirse el pleito, puede ser punto controvertible; parece indicado el que conoció de la eviccion por existir en este espediente el orígen y como la causa del nuevo juicio, pero si se atiende á que la persona y aun el fin de la accion varían, debe creerse con mas fundamento que hay que demandar al vendedor siguiendo su fuero.

EVICCION DE UNA HERENCIA. Ley 34.—[1]*Si uno que fuese establecido por heredero vendiese á otro todo el derecho que avia en*

*los bienes, é en la heredad del que le estableció por su heredero, maguer acaezca despues que á tal comprador venzan por juicio alguna cosa señalada de los bienes, con todo tal vendedor non es tenudo de facerla sana aquella cosa señalada. Mas si por toda la heredad le vencieren, tenudo seria de facerla sana la heredad, ó de pecharle el precio que resceibió por ella, con todos los daños é menoscabos.* [2]*Lo mismo seria si algun ome comprase todas las rentas de algun almoxarifadgo ó de alguna heredad, que maguer lo venciesen en juicio por alguna cosa señalada que saliese de aquellas rentas, no seria tenudo el vendedor, de la sanear ni de la descontar. Pero si por todas las rentas le venciesen ó por la mayor parte dellas, tenudo seria de gela sanar ó de tornarle el precio, con todos los daños é menoscabos que ende vinieron.*

La ley trascrita contiene dos capítulos y una regla. El vendedor de una herencia está obligado á la eviccion del todo, mas no de una cosa individual ó aislada. Y lo mismo sucede con el vendedor de ciertas rentas, ó sea de una universalidad.

Lo que dice la ley del todo de la herencia debe entenderse del caso en que se haya eviccionado la mitad ú otra parte segun lo declara la 8.ª, Dig., de *hæred. vel. act. vend.* que le sirvió de orígen. En cuanto niega la eviccion, tratándose de una cosa singular, se conforma asímismo con otro texto que es terminante: *evictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hæreditatem jure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit* (Ley 1.ª, Cód. de *Evict.)*.

La razon consiste en que si la cosa era hereditaria, y el comprador fué condenado injustamente, no tiene lugar la eviccion: si no era hereditaria, no se contempla vendida, y si era hereditaria, y se venció justamente por haber probado el actor ser dueño, tampoco tiene lugar, porque no se conceptúa vendido mas que el derecho universal hereditario que compete al heredero, el cual no fué vencido (Gomez, *Va. res.*, núm. 44).

Variado el sistema de recaudacion y administracion de rentas públicas no tiene lugar la ley en lo que dice del almojarifazgo; pero aplicada á las rentas de cualquiera universalidad de bienes, dispone lo que en el caso anterior; que la eviccion

de todas las rentas ó la mayor parte de ellas daria lugar al saneamiento, no la eviccion de una cosa señalada que saliese de dichas rentas.

EVICCION DE UNA COSA PARTICULAR. Ley 35.—*Nave, casa ó cabaña de ovejas ó cosa semejante vendiendo un ome á otro, con las cosas que le pertenescen, si venciesen al comprador en juicio por alguna cosa señalada de aquellas, tenudo es el vendedor de facerla sana al comprador, como si le venciesen por toda la cosa principal, sobre que fué fecha la vendida.*

Considerando que ciertos accesorios forman parte integrante de un todo, dice esta ley que vendida una nave, casa ó rebaño con las cosas que les pertenecen, vencido el comprador por alguna cosa señalada, el vendedor debe sanearla.

Segun los espositores del derecho romano, siendo heterogénea la parte, esto es, de diversa clase que el todo, en términos que no puede dársele el nombre que este tiene, como sucede con los cimientos de una casa ó las tablas de que se compone una nave; no tenia lugar esta accion; pues por mas que todas estas partes de la cosa se comprenden en la accion *empti*, no se entienden vendidas, segun dice Paulo en la ley 36: *nave aut domu empta, singula cæmenta vel tabulæ emptæ non intelliguntur, ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte.*

ARTÍCULO 7.°

*Casos en que no procede.*

Ley 36.—*El vendedor es tenudo de facer sana la cosa quel vendió al comprador ó de tornar el precio con todos los daños é menoscabos quel vinieron ende, si gela non ampara. Pero casos y a que non seria asi.*

No por ser justa la eviccion deja de haber casos en que cesa este remedio: la ley que dejamos trascrita presenta reunidos esos casos aunque no todos, y como veremos en su exámen, parte de los que enumera no tienen aplicacion.

*El* 1.° es, *si tardó tanto el comprador de gelo facer saber*

*que abriesen en juicio los dichos de los testigos que fueren aduchos en el pleito que oviesen movido sobre ella* (la cosa).

Nos remitimos en este punto á la ley 32 que es especial para este caso.

El 2.°, *si la cosa metiesen en mano de avenidores sin sabiduría é sin mandado de aquel que gela vendió é los avenidores diesen la sentencia contra él.*

La ley sigue la opinion de Paulo espresa en el fragmento 56, § 1.°: *Si compromisero, et contra me fuerit data sententia, nulla mihi actio de evictione est danda adversus venditorem: nulla enim necesitate cogente id feci.* Gomez da por razon, que la fé del juez ordinario está aprobada de público por el príncipe ó por el pueblo, y á él se recurre por necesidad; lo cual no sucede con otro privado, al cual se recurre por voluntad de las partes; de donde infiere que desaparece la escepcion si el comprador estaba obligado á aceptar el arbitraje: *ex forma legis vel statuti:* ó cuando requerido el vendedor para que suministrara al comprador los medios de justificacion para defenderse ante el árbitro, no quisiese hacerlo, ó cuando se hubiese comprometido á la eviccion en la escritura de venta *qualitercumque et quomodocumque res evinceretur* (*Var. res.*, 40; Greg. Lop., Glosa 3.ª).

Por el mismo principio cesa la eviccion, en sentir de algunos espositores, si el comprador ó poseedor prorogó espontáneamente la jurisdiccion en juez que no fuese el suyo.

El 3.°, *si por su culpa se perdiese la tenencia de la cosa que le fuese vendida.*

Consigna esta escepcion Pomponio (fragm. 29): *Si rem quam mihi alienam vendideris, à domino redimerim, falsum esse quod Nerva respondisset, posse te à me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat: quia nec bonæ fidei conveniret, et ego ex alia causa rem haberem.* Cuya regla puede tener lugar, segun inteligencia de los expositores si pasando el comprador de poseedor á demandante fuese vencido en el pleito de propiedad: *Si ex amissione possessionis inferatur quod perdere debeat jus agendi super proprietate* (Lopez, Glosa 4.ª: Gom., núm. 43).

El 4.°, *si dejó la cosa como desamparada é perdiola.*

El 5.°, *si el comprador fuese rebelde en el tiempo que quisiesen dar la sentencia contra el por la cosa que oviere comprada, que non quisiese aparecer para oir el juicio, é por razon de tal rebeldia perdiese la cosa que habia comprada; que non seria tenudo el vendedor de sanearla, ni de tornarle el precio.*

Los números reunidos guardan entre sí cierta analogía y segun oportunamente observa Sala, pueden referirse al tercero que, como hemos visto, declara indigno de este recurso al comprador que perdió la cosa por su culpa sea cualquiera la causa que la motivó, ó el no haberse presentado á defender su derecho: *Si judicio emptor non adfuit* (Ley 8.ª, Cód.), ó el haber dejado de oponer la escepcion que le correspondia (Ley 27, Dig.).

En caso de duda se presume al contumaz condenado por razon de su contumacia, sobre lo cual es terminante la opinion de Ulpiano: *si ideo contra emptorem judicatum est quod defuit: non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit* (55, Dig.).

La ausencia voluntaria del comprador sin dar conocimiento de su nueva residencia, debe ceder en perjuicio suyo y no del vendedor (S. 17 Marzo 1865).

Mas si la causa fuese de una justicia conocida, podria muy bien tenerse en cuenta la observacion de Lopez en la Glosa 6.ª: *Ubi probationes sunt liquidæ, condemnatus in absentia, non præsumitur condemnatus ex contumatia, sed propter malam causam.*

El 6.°, *si la cosa que compró cuando gela demandaron en juicio habia tanto tiempo que era tenedor della que la podria amparar segun derecho por tal defension, si la pusiera ante si é non la puso.*

Gayo dice: *Qui alienam rem vendidit post longi temporis præscriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione* (Ley 54, Dig.): cuya máxima que es la de nuestra ley, amplía Gregorio Lopez en la Glosa 7.ª á las espensas y mejoras que hubiere hecho en la cosa, si al tiempo de restituirla no las esceptuó ó protestó.

El 7.°, *si dieron sentencia sobre la cosa comprada, non estando delante el vendedor: é cuando la dieron, non apeló el comprador.*

El argumento de esta ley está tomado de la 63, Dig., § 1.°, *Gaia Seia*. Allí se dice que si se pronunció sentencia estando presente el vendedor, el comprador ó poseedor condenado no está abligado á apelar; luego á *sensu contrario* si el vendedor ó el autor no se halló presente al juicio, está obligado á apelar: así lo asienta Gomez citando á otros (núm. 39, *Ver. secundus*).

Lopez dice que las palabras de la ley *non estando delante el vendedor:* se han de entender cuando la causa era mala ó dudosa, porque si la causa fuese buena, aunque la sentencia se hubiese dado hallándose presente el vendedor, estaria obligado á apelar. Cuando la sentencia se hubiese pronunciado en ausencia del vendedor, la eviccion procederia, aunque no se apelase, si la sentencia fuese conocidamente justa, ó fuese siquiera dudosa: *Nam tunc præsumitur pro sententia, et sic non tenebitur apellare* (Glosa 8.ª).

El 8.° *Otrosi decimos que si algun ome jugase á tablas ó á dados, é estando en aquel juego vendiese alguna cosa ó la jugase, si despues desto venciesen della en juicio al comprador ó á aquel que la había ganado, non será tenudo el vendedor de amparar aquella cosa, nin tornarle el precio.*

Como la anterior limitacion tiene algo de penal, los intérpretes han supuesto que solo procede tratándose de juegos ilícitos: *Et sic loquitur quando ludus esset illicitus; quasi in licito ludo non haberet locum hæc dispositio* (Glosa 9.ª).

Por eso al hablar del comprador en la glosa 11 añade: *Qui erat et collussor: nam si esset alius qui emit, ageret de evictione.*

9.° Porque las cosas sagradas no están en el comercio de los hombres, la ley escluye la eviccion: *si el comprador consintiese que ficiesen alguna cosa sagrada de lo que compró, placiéndole ó lo non contradiçiendo.*

10. Finalmente dice la ley: *si algun juez diese sentencia torticeramente, á sabiendas, contra el comprador, sobre la cosa que oviese comprada, aquel juez gela debe sanear é pechar de lo suyo, porque gela mandó tomar á tuerto: é non el vendedor, porque el non es tenudo de ampararla, sino á derecho.*

No procede la eviccion en el caso de una sentencia injusta,

porque el juez es quien debe sanear la cosa y no el vendedor que solo está obligado, cuando el comprador la pierde segun derecho.

El testo que pudo dar orígen á esta ley es de Ulpiano (51, Dig.): *si per imprudentiam judicis aut errorem, emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere; aut quid refert, sordibus judicis an stultitia res perierit? injuria enim quæ fit emptori, auctorem non debet contingere.*

Por lo cual Gregorio Lopez opina que tanto vale que la sentencia sea injusta por impericia como por malicia.

Nosotros, sin embargo, que consideramos posible en el último caso la responsabilidad, pero que no encontramos igualmente fácil que se imponga al juez una pena á pretesto de ignorancia, mantenemos estrictamente el testo legal y no creemos que deba ampliarse fuera del caso que el mismo espresa.

Decímoslo salvo el respeto debido á la opinion contraria que entre otros defiende Covarrubias (lib. III, *Var. Res.* cap. VII, núm. 10.)

Si se pactó que el vendedor no quedara sujeto á esta obligacion, podrá compelérsele á la restitucion del precio para que no se lucre con la pérdida del comprador, pero no á indemnizar daños y perjuicios.

Contiene declaracion espresa la ley 11, § 18, lib. XIX, título I, Dig.: *Si aperte in conventione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstatum iri, pretium deberi, re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonæ fidei, contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret.*

Como dice Goyena, comentando el art. 1.400 del Proyecto. Es imposible que sin vender nada adquiera el vendedor algo: la causa por la que el comprador ha pagado el precio, desaparece por la eviccion: el vendedor lo retiene ya sin causa, y por consiguiente debe restituirlo.

Semejante principio que es incontestable, se limita aun por lo relativo al precio, cuando el comprador hubiera hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la eviccion y sometiéndose á sus consecuencias. La eviccion es improcedente, por-

que como lo que se compra es un derecho incierto é inseguro, la venta toma el carácter de contrato aleatorio, y sobre ser caso previsto en la misma ley, hay además la máxima general: *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (Ley 145, de *Reg. jur.*).

Tampoco tiene lugar la eviccion cuando el comprador es espelido de la cosa violentamente, aunque el vendedor hubiese prometido defenderlo en ella de derecho y de hecho, porque debe entenderse, aconteciendo el que se le mueva pleito con derecho ó sin él, mas no en el caso de que se le infiera violencia de hecho.

Así interpretan los autores la ley última del Códigó de *Act. empt.*.... *Expulsos vos de fundo per violentiam à Nerone quem habere jus in eo negatis, profitentes, nullam vobis adversus eum, ex cujus venditione fundum possidetis actionem competere probatis. Igitur ad instar interdicti seu actionis permissæ experiendum esse perspicitis.*

Espropiacion. Ley 37.—[1]*Alcaria ó otro heredamiento vendiendo un ome á otro, si despues que el comprador fuere entregado en ella, gelo tomare el rey ó otro por su mandado, non es tenudo el vendedor de tornar el precio que rescibió por el, nin facergelo sano. Esto se entiende cuando el vendedor ovo carta plomada del rey, en que otorga que le pueda vender é enajenar; ca si tal carta non toviese, tenudo seria de gelo sanear. Eso mismo seria si el vendedor toviese carta de los partidores del rey en que dijese que le daban aquel heredamiento por juro de heredad, ó por particion, ó por cambio de otro heredamiento que le oviese tomado. Ca si el rey gelo tomase al comprador que fuese entregado en ello, despues non seria tenudo el vendedor de gela facer sana.*

No tiene lugar la eviccion, si por carta plomada del rey fuese obligado el comprador á vender ó enajenar la cosa; de la misma manera que si se le quitase por carta de los partidores.

Aunque la potestad real carezca de los derechos que le concede esta ley, en otra forma puede tener lugar el mismo caso; de modo que su doctrina tiene aplicacion.

Una declaracion semejante hallamos en la 11, Dig., de *Evict.* Lucio Titio compró ciertos prédios en la Germania, de-

trás del Rhin, satisfaciendo parte del precio, reconvenido el heredero del comprador por el resto, propuso la cuestion de que estas posesiones en parte habian sido distraidas por decreto del príncipe, en parte aplicadas como premio á los veteranos; se pregunta si el peligro de esta cosa puede pertenecer al vendedor. Paulo responde: *futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere: et ideo secundum ea quæ proponuntur, pretium prædiorum peti posse.*

Los fundamentos de esta declaracion pueden ser varios. Suponen unos que no procede la eviccion mediante á que se origina de la plenitud de la potestad del príncipe, y cuando por un hecho estrajudicial como por violencia, el poseedor es desposeido de la cosa comprada, el vendedor no está obligado á la eviccion. Ley final del Código de *Act. empt. et vend.* Otros creen que en el caso presente el rey no ocupa la cosa vendida por plenitud de su potestad, ni estrajudicialmente y por vía de hecho y de violencia, sino por vía de derecho y con sujecion al órden establecido; de modo que bajo este aspecto procederia la eviccion: *sed quia habuit à rege licentiam et auctoritatem talem rem vendendi, liberatur ab evictione.* Sin embargo, ninguna de estas esplicaciones es satisfactoria: la razon hay que buscarla en la índole de la disposicion: la ley no hace injuria á nadie. Se supone que el poder, cuando usa de las cosas de los particulares por respetos de órden público, no lo hace sin conceder prévia indemnizacion, por lo cual no hay aquí un perjuicio que esté obligado á reparar el vendedor.

Fundados en este principio, entienden los autores que cuando fuese despojado el comprador de la finca en virtud del derecho de retracto, tampoco procederia la eviccion: *cum ex dispositione principis et legis evincatur..... Item etiam quia quando evincitur res vendita de jure speciali, non habet locum evictio* (Gom., id., núm. 40). A lo cual hay que añadir que el retrayente es el obligado á abonar el precio juntamente con los gastos originados en la venta.

## (B) OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

### Artículo único.

*Tiempo y modo de satisfacer el precio.*

*Empero si el que oviese vendido su cosa á otri, le apoderase della; si el comprador no oviese pagado el precio..... por tal apoderamiento, no pasaria el señorio de la cosa fasta que el precio se pagase* (Ley 46, tít. XXVIII, Part. III).—*Pagar debe el comprador al vendedor el precio quel prometió* (28, tít. V, Partida V).

El principal deber del comprador consiste en entregar el precio. Si los Códigos anteriores al de Partidas no lo marcan de una manera esplícita es por considerar sobreentendida esta condicion.

La venta como contrato bilateral impone obligaciones mútuas, y no seria justo que el comprador se creyese desligado de las suyas. El vendedor está dispensado de entregar la cosa como el comprador, á quien no se haya señalado término, no pague inmediatamente el precio: *oferri pretium venditori ab emptore debet, cum ex empto agitur: et ideo etsi pretii partem offerat, nondum ex empto est actio: Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit* (Ley 13, § 8.°, Dig. de *Act. empt.*).

Como se ve por el párrafo trascrito, que han convertido en ley los Códigos modernos, la obligacion de pagar el precio es indivisible y no puede prestarse en parte sin el consentimiento del vendedor.

Aunque se haya verificado la tradicion, el comprador no adquiere el dominio si no ha pagado el precio, segun palabras de la ley 46 que dejamos citadas, *si el comprador no oviese pagado el precio, dado fiador, ó peños ó tomado plazo, por tal apoderamiento no pasaria el señorío fasta que el precio se pagase...*

El comprador podrá pretender la entrega de la cosa aun antes de cumplir con este requisito, pero será bajo la condicion tambien prevista en aquella legislacion admirable: *Res venditæ non*

*alias desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel alias satisfacto* (Ley 5.ª, § 18, tít. IV, lib. XIV, Dig.).—*Si fiador, ó peños oviese dado, ó tomado plazo para pagar, ó si el vendedor se fiase en el comprador del precio pasaria el señorío de la cosa á él, maguer el precio non oviese pagado. Empero tenudo seria de lo pagar* (Ley 46).

Al vendedor incumbe dar principio á la ejecucion del contrato, pues en tanto que él no pone la cosa á disposicion del comprador, no empieza para este, por regla general, la obligacion de entregar el precio.

El tiempo y el lugar, cuando no se hubiesen prefijado en el contrato, se ajustan á los principios establecidos. Como dice Troplong, son dos concomitantes que responden á dos obligaciones recíprocas y simétricas, producto de la compra-venta: por una parte entregar la cosa y por otra pagar el precio.

Al hablar de precio, empleamos esta palabra en su sentido lato, comprendiendo cuantos desembolsos debe hacer el comprador para obtener el disfrute de la cosa: *pretium rei sunt propter rem habendam et adquirendam impensa.*

El comprador moroso debe pagar los intereses legales del precio á contar desde el dia en que recibió la cosa. Esta doctrina consignada en los Códigos modernos tiene un precedente respetable en la ley 5.ª, tít. IV, lib. V del Fuero-Juzgo; la cual, despues de declarar que vendida una cosa, si se ha satisfecho parte del precio, aunque falte la otra, no se rescinda la venta, añade: *Si el comprador non pagare el otra partida del precio al plazo, pague las usuras daquella partida que debe, fueras si fuese pactado que la vendicion fuese desfecha si non paga el plazo.*

Los intereses son debidos por todo rigor de derecho, cuando la cosa vendida y entregada produce fruto ó renta: *Curavit præses provinciæ, compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet cum usuris restituere* (Ley 5.ª, tít. XLIX, lib. IV, Cód.).

Los intereses del precio representan los frutos de la cosa, y seria inicuo que el comprador se aprovechase de unos y otros á un mismo tiempo: *Veniunt item usuræ pretii post diem traditionis:*

*nam cum re emptor fruatur, æquissisimum est eum usuras pretii pendere.*

En las ventas á plazo, sin estipular intereses, no los debe el comprador, aunque entre tanto perciba los frutos de la cosa; pues el plazo forma parte del contrato y de la cosa vendida, y debe presumirse que sirvió de motivo para aumentar el precio.

Si la cosa no produce frutos, los intereses no están tan justificados, por lo que los Códigos no los exigen, disponiendo en su lugar que este caso entre en las condiciones del derecho comun, segun el cual el comprador en tanto debe intereses, en cuanto se haya constituido en mora ó se hubieran estipulado: *Initio venditionis, si pactus es, ut is, cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsoluti (tibi) usuras pensitaret: non immerito existimas etiam eas tibi, adito præside ab emptore præstari debere* (Ley 5.ª, tít. LIV, lib. IV, Cód.).

No puede ser compelido el comprador á pagar el precio cuando fuere turbado en la cosa ó tuviese un temor fundado de serlo por alguna accion, sea reivindicatoria ó hipotecaria, hasta que el vendedor haya hecho cesar la turbacion ó peligro, á no ser que éste afiance ó que se haya estipulado que no obstante cualquier contigencia de esta clase, ha de verificarse el pago: *Ante pretium solutum dominii quæstione mota, pretium solvere emptor non cogetur, nisi fidejussores idonei à venditore ejus evictionis offerantur* (Ley 18, tít. VI, lib. XVIII, Dig.). A los tribunales incumbe decidir si tienen ó no fundamento los temores del comprador.

En la compra de derechos poseidos en comun, y lo mismo debe entenderse de cualquier otra cosa, no se trasmite al comprador mas que aquello que pertenecia al vendedor, así en lo favorable, como en lo gravoso (S. 27 Mayo 1858, 1.º Abril 1865).—Adquiriendo el comprador la cosa en ocasion en que esta se halle esperimentando algun perjuicio por causa de otro, no por eso puede ni debe suponerse que lo adquiere con ánimo de consentirlo y de renunciar al derecho de reclamar contra él (S. 9 Abril 1866).—Tampoco puede exigirse al comprador de una cosa, sobre la que existia un privilegio, que continúe respetándolo, si no lo reconoció ni en la escritura se hizo mencion de él (3 Junio 1867).

Está empero obligado á presentar la escritura de venta en el oficio de hipotecas dentro de doce dias, contados desde el siguiente al de su otorgamiento, si se ha verificado en alguno de los pueblos cabeza de partido, y de cuarenta si el contrato ha tenido lugar en distinto punto del en que estén situadas las oficinas. El plazo es de cuatro meses para la presentacion de documentos otorgados en el extranjero; de un año para los que lo sean en Africa ó América, y de año y medio si lo hubieren sido en Asia. En el caso de que los bienes radiquen en diversos partidos judiciales, podrá principiarse la presentacion por cualquiera de las oficinas liquidadoras.

Los derechos de traslacion del dominio se liquidarán con sujecion al tipo vigente en la época en que el acto tuvo lugar: antes del Real decreto de 1.° de Julio de 1867 se pagaba por la venta de bienes inmuebles el 2 por 100; desde aquella fecha, el tipo es de 3 por 100. Cuando por efecto de una condicion la propiedad vuelve á poder del vendedor, la retrocesion no devenga mas derecho que 1 por 100.

El decreto de 29 de Junio de 1867 da reglas sobre la manera de cumplir con este requisito, y señala las penas en que incurren los trasgresores.

## § VI.

### *Ventas en nombre ó con dinero ajeno.*

Ley 48.—'*Comprando algun ome de sus dineros alguna cosa en nome de otro, si aquel en cuyo nome la compra, la ha por firme, cuando lo sabe, el que tal compra face, es tenudo de dar la cosa á aquel en cuyo nome es fecha la compra con los frutos é las otras cosas que le pertenecen. Otrosí, aquel en cuyo nome es fecha la compra, tenudo es de dar el precio al comprador con todas las despensas que fizo en coger los frutos en é las otras cosas fechas á pro de la cosa comprada.*

Por derecho romano no se podia comprar en nombre ajeno, el que lo hiciese no adquiria accion contra el vendedor, por

no haber comprado para sí, ni contra el tercero, mediante la prohibicion de estipular en nombre de otro. Esta condicion de la venta, que deja indeterminada por cierto tiempo la persona del adquirente, tuvo orígen en la jurisprudencia y acaso se esplique, como ha supuesto algun autor, por la repugnancia de personas de distincion á intervenir en ciertas ventas que pudieran hacerlos sospechosos de miras de interés.

El Código de Partidas, lejos de imitar en este punto al derecho romano, presenta la cuestion bajo diferentes aspectos.

Si uno compra de su dinero alguna cosa en nombre de otro, y enterado este la acepta, la venta es valida; por lo que deberá abonar al comprador el precio juntamente con los gastos causados en recoger los frutos ú otro servicio de la cosa comprada. El comprador ostensible en calidad de *negotiorum gestor*, no necesita poder, pues adquiere en nombre de un ausente, y en tanto se sostiene su compromiso, en cuanto le ratifica la conformidad de este.

[1] *Si algun ome envia su mensagero diciendo: Ve á tal ome é dile que si me quiere vender tal cosa suya, que le daré tal precio por ella, si aquel á quien lo envia otorga la vendida por tal precio, vale la vendida; maguer non le oviese dado carta de personeria al mensagero, porque ficiese la compra. Este, en cuyo nome es fecha la vendida é la compra, debe guardar los pleitos é posturas que puso sobre ella aquel que la fizo en su nome, que pues que el otorgó la compra la haya por firme.*

Vale tambien la venta, cuando uno encarga ó otro que se presente al dueño de la cosa, diciéndole que si la quiere vender le dará por ella tal precio, una vez que este preste su conformidad. Pero debe el autor del encargo respetar los pactos estipulados.

[2] *Lo mismo seria cuando algun ome ficiese su personero á otro dandole poder que pudiese vender ó comprar alguna cosa en su nome, señalándole por cuanto precio la vendiese ó comprase; si este personero firmase la vendida ó compra en nome del otro, debela aver por firme el que lo envió, é es obligado tambien como el por si mismo la oviese firmado.*

Finalmente, si se sostiene la venta hecha por mandato recibido de palabra y sin carta, mejor se sostendrá celebrada por procurador autorizado con el correspondiente poder. La ley indica que haya de señalarle el precio; pero el glosador añade: *Sed satis videtur designatum, si arbitrio procuratoris committatur.*

Los contratos de compra-venta, hechos por medio de apoderado ó mandatario, son válidos y con eficacia legal para sus efectos, constando la existencia del mandato (S. 18 Noviembre 1864).

Ley 49.—*De dineros agenos que tienen los omes á las vegadas compran para si heredamientos ó otras cosas que han menester: é porque dubdarian algunos si aquella cosa, así comprada, es del que la compró ó del otro, cuyos eran los dineros: queremoslo aquí decir é departir. Debe ser de aquel que fizo la compra en su nome, fueras si tales dineros fuesen de caballero que estuviese en la corte del rey ó en otro lugar en su servicio: ó de menor de veinte é cinco años, é el que ficiese la compra, la tuviese en guarda: ó si fuesen los dineros de alguna iglesia é el Perlado, é el que fuese guardador á la sazon, ficiesen la compra, ó si fuesen los dineros de la dote de alguna mujer, é su marido con voluntad della ficiese la compra. En tales casos maguer el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorío della aquel cuyos eran los dineros pagados por el precio. Pero en escogencia es de cada uno dellos tomar la cosa comprada ó los dineros cual mas quisiere.*

Para decidir las dudas que podria ofrecer la compra celebrada con dinero ajeno, el tít. L, lib. IV del Código, hizo varias declaraciones que fueron evidentemente el motivo de la presente ley.

Cuando uno compra con dinero ajeno, hace suya la cosa comprada, si la compró á nombre propio y no para el dueño del dinero: *Qui aliena pecunia comparat, non ei cujus nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti, quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quærit* (Ley 8.ª).

Sin embargo, esta regla admite escepciones, nacidas unas del privilegio, y otras fundadas en el título, en el carácter de

adquirente. Cuando uno compra con dinero de un militar que esté en activo servicio, ó que retenia á título de administrador, como el curador del menor de veinticinco años, ó el prelado de una iglesia, ó el marido con el dinero de la dote, ó parafernales de la mujer, si lo hizo con voluntad de esta, en cualquiera de estos casos, gana el dominio el dueño del dinero, como no prefieran otra cosa, porque la ley les da la eleccion.

## § VII.

*A quién pertenece el dominio de una cosa vendida dos veces.*

Ley 50.—[1] *Una cosa vendiendo un ome dos veces á dos omes en tiempos departidos, si aquel á quien la vendió primeramente, pasa á la tenencia de la cosa é paga el precio, ese la debe tener é non el otro. Pero tenudo es el vendedor de tornar el precio á aquel que la vendió á postremas, si lo habia recibido, con todos los daños é los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente.* [2]*Otrosi si el postrimero comprador pasase á la tenencia é á la posesion, é pagase el precio, el la debe aver é non el primero. E es el vendedor tenudo de tornar el precio, si lo avia recibido, con los daños é menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador.* [3]*Otrosi si alguno vendiese á dos omes cosa agena en tiempos departidos, si acaesciere que hayan pleito entre sí ambos los compradores sobre aquella cosa, cualquier dellos que oviere primeramente la posesion, aquel ha mayor derecho en ella: é á aquel debe fincar maguer non oviese pagado el precio. Pero cuando quier que el señor de la cosa venga á demandarla, salvo finca su derecho en ella.*

Analizaremos separadamente los tres artículos de esta ley.

1.° Si uno vende cosa suya á dos personas en distintos tiempos, y el primer comprador hubiese tomado posesion de ella y pagado su precio, adquirirá su dominio, aunque el otro le haya tambien satisfecho, pero el vendedor está obligado á

devolverle á este último, si lo hubiere recibido, juntamente con los daños y perjuicios.

Sirve de fundamento á esta ley la 15, tít. XXXII, lib. III del Cód. *Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur; manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Dos razones justifican esta preferencia: 1.ª que la accion ú obligacion personal, aunque contraida y nacida por razon de la cosa, no sigue á su poseedor, y de consiguiente, el comprador á quien no fué entregada, no podrá dirigir su accion contra el otro á quien se hizo la entrega: 2.ª que al comprador que toma la posesion de la cosa se le trasfiere el dominio y pleno derecho de ella, mediante el título y la tradicion, por lo que justamente es preferido al otro que solo tiene título y accion personal contra el dueño vendedor.

En concurrencia de dos compradores á quienes se vende una cosa en tiempos diversos, debe haberla el que habiendo pagado el precio está en posesion de ella (S. 14 Octubre 1861).

2.° Si el segundo comprador hubiera tomado la posesion de la cosa y pagado el precio, la hará suya, y el vendedor estará obligado como en el caso anterior á devolverle al primer comprador, si lo habia recibido, indemnizándole además los perjuicios: *qui tibi hæreditatem vendidit, antequam res hæreditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus; quanti tua interest præstare cogetur* (Ley 6.ª, tít. XXXIX, lib. IV, C.).

El contrato debe haberse celebrado en distinta época, pues vendida una cosa á dos al mismo tiempo, se presumiria vendida á cada uno por parte, segun afirma Gregorio Lopez citando la disposicion de la ley 16, Dig. de *Pignor.*, en un caso análogo.

3.° Si alguno vendiese á dos personas separadamente cosa ajena, y se promoviera pleito sobre ella, tendria mejor derecho el que primero hubiese adquirido su posesion, aunque no hubiera pagado el precio, quedando espedito el suyo al verdadero dueño para reclamarla, si todavía no se hubiere prescrito, así

como el comprador conservará el que le perteneciere para que el enajenante le sanee la venta por razon de eviccion.

Entre dos compradores de una cosa ajena, la ley 9.ª, Dig. de *Publiciana* dió la preferencia al que tuviera la posesion: *si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus scripsit; ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui proiri res tradita est; quod si à diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis* (§ 4.º).

Antes por de contado que el uno y el otro, está el dueño, por ser mas poderosa la reivindicacion que la accion publiciana: *publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur... sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat* (Ley fin. del tít.).

Finalmente, la disposicion de la ley comentada se amplía á cualquiera enajenacion, ya provenga de título oneroso ó lucrativo, y al poseedor de buena fé que da ó vende la cosa ajena trasfiriendo al primero que la recibió un cuasi dominio y la accion consiguiente. Por el contrario, se restringe cuando la segunda venta se haya hecho en fraude del primer comprador, sabiéndolo el segundo; cuando ambos contrayentes probasen que se les entregó la cosa y no consta la prioridad, pues en caso de duda la presuncion obra á favor de aquel y en contra de éste; ó cuando el vendedor hubiese contraido compromiso de no vender á otro la cosa con hipoteca de ella misma ó de sus bienes (Véase la glosa, y Gomez en el lugar citado).

Ley 51.—[1]*Agena cosa vendiendo un ome á otro, é dandole luego la posesion della, si despues que la oviese asi vendida, ganase el vendedor el señorio de aquella cosa, como si le estableciese por su heredero aquel cuya era, ó gela diese de otra guisa, si por razon que oviese ya ganado el señor de la cosa, la vendiese despues á otro, é el postrimer comprador moviese pleito al primero sobre ella: este primero ha mayor derecho en ella, porque cuando al otro la vendió, non habia el señrío el vendedor é avialo ya ganado, cuando la vendió á el.* [2]*Mas si algun ome vendiese á otro alguna cosa, que non fuese suya, é aquella cosa misma ven-*

*diese el señor de ella á otro despues, este postrimer comprador que la compró del que ha mayor derecho en ella, la deve aver. Fueras si el que la vendió primeramente habia razon derecha para venderla: como si la toviese en peños é cuando le fué empeñada, la recibió á tal pleito, que la pudiese vender si gela non quitasen á dia señalado; ó si fuese personero, é en la personeria le fuese otorgado poder de la vender, é la vendiese en ante que sopiese que el señor de la cosa la queria vender á otro.*

Si uno vende una cosa ajena, dando posesion al comprador, y despues de haber adquirido su dominio por que se la dió ó la legó el dueño, la vende á otro, será del primer comprador.

Dos veces se halla repetido y casi en iguales términos el mismo precepto en el derecho romano: *si à Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit, pretio soluto, deinde Titius Sempronio hæres extiterit, et eumdem alii vendiderit et tradiderit, æquius est, ut tu potior sis* (Ley 72, tít. I, lib. VI, Dig.).

Se funda la preferencia en que bien que el segundo adquiriese la cosa del vendedor cuando era dueño, el primero tenia antes la posesion.

Por el contrario, si uno vende á otro una cosa ajena y el dueño de ella la enajenase despues, el segundo comprador tendrá la preferencia sobre ella, á no ser que el que la vendió primero, tuviera facultad de hacerlo, como por estar empeñada bajo pacto de poderla vender, si para tal dia no la desempeñara ó por tener poderes para enajenarla, y la enajenase antes de saber que el señor queria venderla á otro, pues en estos casos es preferido el primer comprador.

Es el segundo estremo de los dos que comprende el fragmento de Neracio; 31, tít. I, lib. XIX, Dig..... *Si alter ex nobis à domino emisset, is omnimodo tuendus est.*

Si el procurador sabia que el dueño habia vendido la cosa, como esto equivale á la revocacion del mandato, es nula la venta, sin que sea necesario notificar al comprador, á no ser que el mandato hubiera sido especial para vender á determinada persona (Glosa 4.ª).

Dudan los autores si en el caso decidido por la ley seria preferido el primer comprador que hubiese entrado en posesion de la cosa; mas debe creerse que no, pues su posesion no seria legítima por carecer de título el que hizo la venta.

Otra duda es si la doctrina de ambas leyes ha de entenderse tanto de la venta de los bienes muebles como de los inmuebles. Deberia considerarse aplicable á las dos por usar indistintamente la palabra cosa; pero el sistema hipotecario que hoy rige da tanta fuerza á la inscripcion, necesaria siempre que se trata de cosas inmuebles, que parece que solo puede tener lugar cuando se trata de cosas muebles.

Ley 54.—[1]*Si un ome vendiese á otro cosa agena en nome de aquel que oviese el señorío della, si aquel cuya es la cosa, ha por firme la vendida despues que es fecha, vale é pasa el señorío al que la compra; maguer del comienzo non ficiese ese atal la vendida con otorgamiento nin sabiduría de aquel cuya era la cosa.* [2]*Mas si non la vendiese en nome del señor della, mas en el suyo mismo, si el que la compra sabe que non es la cosa de aquel que gela vende, non pasa á él el señorío della, nin la puede guardar por tiempo. Ante decimos que aquel cuya es, que la puede demandar é debe cobrar en todas guisas. Pero si este comprador ovo buena fé cuando compró la cosa, non sabiendo que era agena, mas cuidando que era de aquel que gela vendió, entonce puede ganar por tiempo el señorío della, é es tenudo el vendedor en todas guisas de tornar el precio á aquel cuya era la cosa.* [3]*Otrosí, vendiendo un ome cosa agena como suya, si despues que la vendida es fecha, se pierde la cosa ó se muere, puede el señor de la cosa haber la vendida por firme é demandar el precio della al vendedor, quier fuere fecha la vendida en nome del señor ó non.*

Vale la venta de cosa ajena, hecha sin consentimiento ni noticia del dueño, aunque en nombre de este, siempre que la ratifique y tenga por buena. Así dice la ley, cuyo argumento está tomado de las doctrinas de Azon, y es conforme á lo declarado por algunas otras del Código: *Mater tua, vel maritus fundum tuum invita, vel ignorante te vendere jure non potuit..... sin autem*

*postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem ejus amisisti* (Ley 3.ª de *Rei vind.*).

Si la vendió como propia ó en su nombre; ó el comprador sabe que no lo es, y entonces ni adquiere el dominio, ni puede prescribirla; ó lo ignora, y entonces la puede prescribir, y el vendedor está obligado á restituirle el precio.

Aunque la cosa haya muerto ó se haya perdido, despues de vendida, puede el dueño tenerla por firme y pedir el precio al vendedor, sea que la venta se hubiese hecho en su nombre ó no.

La ley solo habla de morir ó perecer la cosa; pero lo mismo sucederia si su persecucion fuese difícil, como por haber sido llevada á remotas tierras.

Trasmitida la cosa por donacion y no por venta, habiéndola ratificado el dueño, no podria reclamar el precio, porque la ley habla solo de venta.

Ley 55.—*Dos omes ó mas aviendo alguna cosa comunalmente de so uno, cualquiera de ellos puede vender la su parte; maguer la cosa non sea partida. E puedela vender á cualquiera de los que han en ella parte ó á otro estraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa quisieren dar tanto por ella, ese la debe tener ante que el estraño.....*

El condueño de una cosa tiene facultad de vender su parte á quien quiera, lo mismo su condueño que un estraño; pero siendo tan conveniente que se reunan ó consoliden en una persona los derechos á una finca para su mejor aprovechamiento, y lo que es mas, para evitar cuestiones, la ley da preferencia al condueño. Este es el punto capital de la ley, de la cual no nos ocupamos por haberla examinado en el retracto de comuneros.

## § VIII.

### *Pactos que suelen intervenir en el contrato de compra-venta.*

Ley 38.—[1]*Postura ó pleito que pone entre sí el vendedor con aquel que compra la cosa del, solo que non sea contra las*

*leyes deste nuestro libro, nin contra buenas costumbres, debe ser guardada.....*

Todo pacto unido á las ventas vale y debe cumplirse, como no peque contra las leyes y buenas costumbres.

Un título espreso, el LIV, lib. IV, dedicó el Código Justinianeo á esponer las convenciones mas frecuentes entre vendedor y comprador para suspender, resolver y aun modificar la venta. Se deja conocer que no hemos de tomarle por guia en una materia que reconoce por único límite la voluntad movediza y variable de los contrayentes; mas como entre esos pactos hay algunos notables y recordados por su especialidad en los modernos Códigos, de esos singularmente vamos á ocuparnos.

ARTÍCULO 1.º

*Pacto de la ley comisoria.*

[2]*Si el vendedor é el comprador ponen pleito entre sí, que el comprador pague el precio á dia señalado, é si non lo pagare aquel dia, sea desfecha la vendida, tal pleito es valedero, é gana el vendedor la señal ó la parte del precio que le fué dado, si al plazo no le fué fecha la paga toda ó la mayor parte della, é desfacese la vendida. Pero en escogencia es del vendedor de demandar todo el precio é facer que valga la vendida, ó de revocarla, teniendo para sí la señal ó la parte del precio. E despues que oviese escogido una destas cosas, no se puede arrepentir, de manera que deje aquella por haber la otra.....*

(El párrafo siguiente que omitimos por haberle copiado en el correspondiente á la rescision como medio de estinguirse las obligaciones, da reglas sobre aplicacion de frutos é indemnizacion de desperfectos de las cosas, doctrina que procuraremos ampliar.)

El pacto por el que estipulan los contrayentes que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia señalado, se deshaga la venta, es valedero. La compra-venta lleva implícita la condicion resolutoria de que, faltando uno de los contrayentes á lo estipulado, quede sin efecto la convencion. Pero como de

esta facultad pudiera prevalerse el contrayente doloso en perjuicio del de buena fé, el derecho ha establecido las reglas que deben seguirse para el caso en que se haya celebrado el contrato bajo esta condicion.

La cláusula «que sea desfecha» da á entender que es «como si la cosa no hubiese sido comprada» *res sit inempta*, ley final del Dig. de *Leg. com.*; ley *commisor*. 4. Cód., *de pactis inter empt. et vend.* Mas para que así se verifique se necesita que los interesados hablen sin rodeos; pues de lo contrario podria este pacto confundirse con el de retroventa..... *oportet quod verba ponantur in eo directa, ut res sit inempta, contractus non valeat et similia: secus vero si obliqua, ut res reddatur, restituatur, vel similia: quia tunc erit pactum de retrovendendo* (Gom., Var. Res., núm. 30, cap. II).

Febrero indica la siguiente fórmula: «cuya casa ó heredad le vendo por tantos mil reales con la condicion de que para tal dia, de tal mes y año me los ha de satisfacer enteramente, etc. y pasado dicho término, sin hacerse su total solucion, queda por el mismo hecho, como desde ahora la tengo, anulada esta venta y ha de ser visto no habérsele trasferido el dominio de dicha casa ó heredad ni haberse celebrado este contrato, sin que yo pueda ser compelido á restituir ni aun en parte tal suma que me entregó por señal.....»

Otra circunstancia á juicio de los intérpretes necesaria para que el pacto surta los mencionados efectos, es que se haga ó interponga por las partes en el mismo contrato y no con intervalo... *ad hoc quod pactum legis commissoriæ operetur translationem dominii ipso jure in venditorem, requiritur, quod interponatur tempore contractus in ipso contractu, et sic antequam sit acquisitum jus ex ipso contractu, et secus esset si post* (Greg. Lop., Glosa 3.ª). Lo propio sostiene Gomez remitiéndose á varios textos y á la autoridad de sus espositores.

El vendedor tiene dos medios de hacer valer sus derechos, pues la ley le autoriza para pedir todo el precio y que valga la venta, ó revocarla conservando la señal ó la parte del precio que hubiese recibido, si bien hecha la eleccion no puede ya arrepentirse.

Descansa la anterior doctrina sobre la autoridad de Ulpiano, quien dice en el Fragm. 4. Dig. de *Lege comm.*, § 2.°: *Eleganter Papinianus*, lib. III. *Respons. scribit, statim, atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere: nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.....*

El comprador debe restituir los frutos que hubiese sacado de la cosa, como no sea que el vendedor rehuse devolver la señal ó la parte del precio, pues en este caso cesa su obligacion.

El anterior precepto se halla perfectamente justificado en los dos estremos que comprende.

El comprador debe devolver la cosa con los frutos que ha percibido; porque no habiendo pagado el precio, fuera injusto que gozase á la vez de la cosa y del precio: *de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor eos interim sibi quoque jure suo perciperet; sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his judicium in emptorem dandum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset* (Ley 5.ª, Dig. de *Leg. com.*).

Por la misma razon, si hubiese pagado una parte de precio solo deberá restituir los frutos en la proporcion del precio que faltase por pagar.

Y aun puede haber un caso en que el comprador esté exento de devolver los frutos en todo ó en parte: tal seria si se hubiese estipulado que el vendedor que ha recibido una parte de precio, lo retenga por vía de intereses, una vez reintegrado en la finca por falta de pago. La razon de esta decision consiste en que la parte del precio que él retiene surte el efecto de todos los daños y perjuicios que puede pretender por incumplimiento del contrato; pues como dice la ley romana; *interdum fructus lucretur, emptor, cum pretium, quod numeravit, perdidit* (Ley 4.ª, § 1.°).

Esta cláusula unida al contrato nada tendria de inmoral á menos que la cantidad entregada fuese tan considerable que escediese los daños é intereses del vendedor, por muy altos que se estimasen.

Mas como en los frutos hay que apreciar siempre los gastos de la recoleccion, la ley por un principio de equidad gene-

ral para todos estos casos, impone al vendedor la obligacion de descontarlos.

Si la cosa se deteriora por culpa del comprador mientras la posee, queda responsable al deterioro. Una indicacion de la ley 4.ª Dig., pudo dar orígen á esta doctrina que en fuerza de ser justa no necesita comentario: *item si deterior fundus effectus sit facto emptoris*. A lo que es consiguiente que el vendedor le abone los aumentos y mejoras que no provengan de la naturaleza ó del tiempo.

### Artículo 2.º

*Adicion in diem.*

Ley 10.—[1]*Usan los omes en las vendidas otra manera de pleito, como cuando dice el vendedor: Véndote tal viña por tanto precio, sobre tal pleito, que si yo fallare quien me dé mas por ella fasta tal dia, lo pueda facer.* [2]*Si la vendida fuese fecha desta guisa, é el vendedor fallase fasta aquel dia, quien le diese mayor precio por la viña ó que le mostrase alguna mejoría, que el otro le prometia dar en la compra, debe esto facer saber al primer comprador, cuanta es la mejoría que el otro le prometia á dar. E si él le compliere aquella mejoría, debela rescebir del, é dejarle la viña, dandole el precio sobre dicho con la mejoría. E si esto non quisiere complir el primero comprador, non vale la vendida. E es tenudo el comprador de tornar la viña con los frutos que recibió della, sacando ende primeramente las despensas que fizo en cogerlos.* [3]*Pero si el que pujase el precio, asi como dicho es, fuere fijo de aquel que vendió la cosa ó otro que lo ficiese engañosamente por su consejo, non seria tenudo el comprador de tornarla nin de guardar el pleito.*

Fué cláusula usada tambien por los romanos que el contrato de venta no subsistiria si el vendedor en cierto espacio de tiempo limitado por el contrato, encontraba comprador que le hiciese proposicion mas ventajosa. Paulo en el correspondiente tít. II del Digesto, lib. XVIII, la describe en estos términos: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas januarias proximas meliorem conditionem fecerit* (Ley 1.ª).

De allí pasó á nuestro derecho en la forma espuesta por la ley 40, que vamos á esplicar.

El pacto produciria sus efectos aunque se estipulase sin designacion de dia segun Gregorio Lopez que cita la ley 41, Dig. de *Rei vend.*: *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam conditionem, jam non potest in rem actione uti.* Pero esta doctrina no cabe dentro dè la ley que muy oportunamente señala un plazo para no dejar *in perpetuum* indefinidas las obligaciones.

Para que proceda esta accion basta que un segundo comprador mejore la condicion del primero, sin que obste, en no siendo fingido, que el otro preteste su insolvencia, siempre que el vendedor le encuentre bueno y solvente: *sed si neuter subjecit emptorem, majore autem pretio additum est prædium ei qui solvendo non est, abitum est à priore emptione, quia ea melior intelligitur, quam venditor comprobavit, cui licuit non addicere* (§ 2.°, ley 14).

Es, sin embargo, preciso que la segunda proposicion sea mas ventajosa, y se presume serlo cuando contenga una circunstancia que ceda en utilidad del vendedor: *Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet* (Ley 5.ª, Dig. de *in diem addit.*).

Esto acontece no solo cuando la segunda venta se ha hecho á mayor precio que la primera, sino tambien cuando habiéndose hecho por un precio igual y aun menor, se mejoran las condiciones segun el contenido de la ley 4.ª, § fin.: *Melior autem conditio adferri videtur, si pretio sit additum. Sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen afferatur, facilior pretii, vel maturior, æque melior conditio adferri videtur.....*

El mayor precio se regula en consideracion al estado de la finca al tiempo de la venta y no con los aumentos ó mejoras que luego hubiese recibido.

No espresa la ley que el vendedor haya de aceptar la proposicion, pero es fácil suplir su silencio por lo que dispone la 9.ª del propio título: *Sabinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam adjicere, sequique primam quasi meliorem: et ita utimur.*

Se funda esta doctrina en que la cláusula se presume pues-

ta en beneficio del vendedor, y siendo cada uno dueño de renunciar á su propio beneficio, puede rechazar las proposiciones de la segunda venta, por muy favorables que parezcan, ateniéndose á la primera. Para que así no suceda se necesita que los contrayentes hayan estipulado lo contrario conforme á la propia ley que dice: *si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emptori meliore conditione allata? Dicendum erit, dissolutam priorem emptionem etiamsi venditor sequentem non admittat.*

Pone por condicion que el vendedor deba notificar primero al comprador cuanta es la mejora por si quisiera igualarla, en cuyo caso seria preferido: doctrina tomada de la ley 8.ª: *Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere, ut, si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit.*

Si el primer comprador rehusare la proposicion no vale la venta, y está obligado á devolver la cosa con los frutos que recibió, descontando los gastos que hizo en cogerlos: *sin vero extitit emptor posterior, fructus refundere priorem debere constat* (Ley 6.ª). *Imperator Severus rescripsit, sicut fructus in diem addictæ domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quæ prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri: vel, si non sufficiat, solvi æquum est.....* (Ley 16).

Si el segundo comprador fuese hijo ó persona capaz de infundir sospechas, el primero no está obligado á cumplir el pacto devolviendo la cosa. La ley trascribe este precepto de la 14 del Digesto al principio y singularmente en el párrafo 3.º..... *aliter atque si servo suo, vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit: quia non est emptio his casibus....,*

### Artículo 3.º

### *Retroventa.*

Ley 42.—*Por cierto precio vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito entre sí en la vendida que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador ó á los suyos, fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que así vendiese; si tal pleito fuere puesto en la vendida debe ser guarda-*

*do; é si el comprador ó sus herederos non quisieren guardar el pleito, ni tornar la cosa, si pena fuere puesta en el pleito, debela pechar. E si el vendedor ó sus herederos quisieren recibir la pena, debese partir de la cosa vendida, fueras ende, si el pleito fué puesto que tornase la cosa é pechase la pena. E si pena no fué puesta, tenudo es el comprador de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños é menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa que así avia vendido.*

De un nuevo pacto habla esta ley; á saber, el de retroventa que podemos definir; el convenio que al tiempo de la venta celebran el comprador y vendedor para que devolviendo éste el precio que recibió, pueda recuperar la cosa vendida.

En el uso vulgar suele llamarse la venta hecha con este pacto venta al quitar ó á carta de gracia, por considerarse que realmente hace un beneficio el vendedor en no redimir la cosa que vendió durante el tiempo señalado.

Su cumplimiento por parte del vendedor se llama redencion ó rescate. Y por parte del comprador, que es de donde toma su nombre se llama retroventa.

Su orígen es antiguo: Sala y otros autores hallan vestigios de este pacto en las conocidas palabras del vers. 23, cap. XXV, Lev. *Terra quoque non vendetur in perpetuum.....*

Pero es mas seguro buscarle en el derecho romano (Ley 2.ª, tít. LIV, lib. IV, Cód.): *Si fundum parentes tui ex lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive hæredes eorum emptori pretium quandocumque, vel intra certum tempus obtulissent, restitueretur; teque parato satisfacere, conditioni dictæ, hæres emptori non paret, ut contractus fides servetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.*

Ley 7.ª, § 1.°, tít. V, lib. XX, Dig.: *Si quidem ita venierit, ut, si intra certum tempus à debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta, recipit hypothecam.*

Los Fueros no necesitaron legislar sobre este retracto que constituia una condicion como cualquier otra de la venta, pero su uso llegó á ser frecuente en la edad media: nosotros recor-

damos haber visto algun ejemplo en documentos del siglo XII y XIII, diminutos por de contado y aun sin nombre, pues el de carta de gracia con el que vulgarmente se designa este pacto, le recibió en Aragon, aunque luego se propagó en Castilla.

Su utilidad es dudosa: algunos le defienden apoyados en que favorece el libre uso de la propiedad en cuanto proporciona á los propietarios un recurso para, sin desprenderse perpétuamente de la finca, atender con su precio á las urgencias y necesidades. Pero este beneficio está neutralizado por los inconvenientes que en la práctica produce una venta condicional. Este contrato, celebrado bajo la reserva de recuperar la cosa vendida, constituye al comprador en una situacion bastante precaria que le induce á sacar de la finca todo el partido posible sin cuidarse mucho de mejorarla.

Esto prescindiendo de los fraudes á que da orígen y de que se lamentaba Sala diciendo: «vemos con dolor que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en tales ventas que convendria tal vez prohibirlas, ó por lo menos tomar rigurosas providencias para atajarlos. Uno de estos abusos, que no es el único, pero que citamos por haber sido frecuente, es haberle empleado como medio de percibir crecidísimos intereses simulando bajo la forma de compra un verdadero préstamo.»

Como la materia no ha sido bien formulada por derecho romano y el pátrio, presentaremos bajo el mejor órden posible sus reglas principales.

El pacto de retro-venta, en cuya virtud el vendedor se reserva readquirir la cosa, devolviendo al comprador el precio, es válido: debe en su consecuencia observarse así por los que lo celebran como por los respectivos herederos la obligacion de restituir al vendedor la cosa vendida, si este devuelve el precio que recibió por ella. (S. 26 Noviembre 1866).—Este pacto es á voluntad de las partes simple ó condicional, y puede tener lugar en la venta de bienes muebles é inmuebles. Mas para esto se necesita que consten la existencia del contrato y sus circunstancias y la trasmision de ese mismo derecho de retraer, sin que

baste la simple aseveracion del comprador aunque aparezca hecha en escritura pública (S. 20 Enero 1865).

La desconfianza unida á este pacto por temor de la usura, indujo á la antigua jurisprudencia á favorecer al comprador dilatando el tiempo de rescate. ¿Dentro de qué término puede ejercitar esta accion?

Esta cuestion debe resolverse bajo dos hipótesis segun que se haya ó no se haya fijado término. Si fuere lo primero, pasado el plazo sin haber devuelto el precio el vendedor, suponen algunos autores que no hay lugar á la redencion, mientras otros creen que puede todavía devolverlo dentro de veinte años, si no ha sido antes interpelado por el comprador.

Gomez dice: *si inter partes tempus certum fuit positum et determinatum, infra illud debet peti, postea vero non* (núm. 27).

Pasado este tiempo (añade) pierde la accion su heredero aun siendo menor, sin que obste el principio de que la prescripcion no corre *ipso jure* en perjuicio del menor, mediante á que esto tiene lugar en la prescripcion legal y no en la convencional; otra cosa seria si el heredero ignorase la condicion puesta en el contrato del difunto, pues en este caso fuere el heredero mayor ó menor, seria restituido por la cláusula general: *si qua mihi justa causa* (Ley 1.ª, § 1.°, tít. VI, lib. IV, Dig.).

Así opinamos tambien nosotros, porque el pacto es oneroso y no debe estenderse mas allá del límite señalado por los mismos contrayentes. La accion del vendedor se estingue de pleno derecho en fuerza de la prescripcion: si hubiera de ser necesario el requerimiento para constituirle en mora, el tiempo no seria el prefijado, sino mas largo, lo cual resultaria en abierta oposicion con lo convenido.

Esta ha sido tambien la opinion del Tribunal Supremo. Los contrayentes pueden fijar el término que les convenga para la devolucion del precio de la finca vendida y la restitucion de esta al vendedor; tanto mas, cuanto que la ley comentada ni lo señala ni lo limita (S. 3 Diciembre 1864).—Ahora bien; señalado plazo cierto para la devolucion del precio por parte del vendedor, si este no lo ha verificado, claro es que el compra-

dor no tiene ya obligacion de restituir la cosa comprada, sino que adquiere irrevocablemente su dominio.

No habiéndose estipulado término, que es el otro aspecto de la cuestion, la dificultad se agrava.

El referido jurisconsulto opina, que así el vendedor como su heredero, pueden recuperar la cosa perpétuamente por virtud de dicho pacto en atencion: 1.°, á que las acciones y obligaciones se pueden estender *in infinitum* por convenio de las partes: 2.°, á que pactando entre ellos que cuando quiera que la cosa desagrade se devuelva, puede restituirse en todo tiempo, sobre cuyo pacto hay declaracion terminante en la ley 31: *quod si nolit* § 22, *si quid ita* (Dig.) *de ædil. edict.* cuyas palabras son: *si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere*: Y 3.°, porque toda condicion puesta en los contratos ha de cumplirse en cualquier tiempo *quandocumque et perpetuo.*

La ley parece terminante en el mismo sentido, pues su cláusula *cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornen el precio, haya de tornar el comprador ó los suyos la cosa vendida*, espresa con bastante claridad que sobre este pacto no cabe la prescripcion, ó lo que es igual, que ha de ser perpétuo este derecho, si no es interpelado por el comprador.

Las opiniones, para decirlo de una vez, han variado mucho, habiendo quiénes suponen que esta accion prescribe á los treinta y aun á los cuarenta años, sobre lo cual puede consultarse la glosa 1.ª Pero nosotros, que creemos que ha de haber un término preciso para la prescripcion, porque el derecho no aprueba, ni puede convenir en la práctica, que las obligaciones estén indefinidas, considerando aplicable en este caso la ley 63 de Toro, que es general en materia de prescripcion, resueltamente sostenemos que esta accion, como personal, prescribe á los veinte años, aun habiendo hipoteca, por ser este el plazo señalado por la última ley y segun lo declarado por el Tribunal Supremo (S. 7 Abril 1866).

En estos precisos términos resolviamos la presente dificultad en la anterior edicion creyéndonos dispensados de mayor desenvolvimiento, pero consultada alguna publicacion en que

se ha censurado de poca consecuencia al Tribunal Supremo suponiendo que sobre el mismo punto ha dictado fallos contradictorios, debemos entrar en este debate para fijar la verdadera doctrina. Su primera sentencia resolviendo esta cuestion es de 3 de Diciembre de 1864 en la que declara que la facultad de redimir la cosa vendida, aun cuando se la quiera calificar de derecho facultativo, es prescriptible, como todos los de pura facultad pues si bien se añadió siempre que expresa ó tácitamente se haya pactado así, esta adicion era inútil para el caso concreto é indiferente bajo el punto de vista del derecho. Por otra de 17 de Marzo de 1865 declaró que cuando en la escritura de venta con pacto de retro no se fija tiempo se debe estar al que por regla general determina el derecho, pues la accion ejercitada en este caso por el demandante como personal habia prescrito á los veinte años conforme á la ley 63 de Toro. Todavía es mas terminante la de 17 de Noviembre de 1865 en la que se dijo que la prescripcion consignada en la presente ley alcanza á todas las acciones, tanto reales como personales ó mistas por ser sus principios generales de alto interés público y social, aplicables á las disposiciones de derecho civil; y su principal objeto asegurar el dominio que de otro modo quedaria incierto; y tampoco se hallaba probado que la accion de retroventa, cuando no se hubiera fijado término fuera imprescriptible segun la costumbre y jurisprudencia de Aragon; sobre que por otra parte todas las disposiciones y doctrinas referentes á la obligacion de cumplir lo pactado, debian subordinarse á las reglas comunes de la prescripcion.—Abunda en el mismo sentido si ya no es mas categórica y general que la anterior la de 12 de Diciembre de 1865, en la cual no solo se reitera la doctrina de ser prescriptible la accion de retroventa y por consiguiente el derecho del comprador y sus herederos ó causa-habientes á consolidar el dominio absoluto pasado el tiempo de aquella, sino que además se asentó el principio, de que ni aun en las condiciones expresas de este contrato se podia renunciar al derecho de prescripcion.

Prestan las anteriores sentencias, y aun no son las únicas,

tal carácter de uniformidad á la jurisprudencia sobre un punto aunque discutible de no difícil resolucion que costaria trabajo comprender que en un caso siquiera el Tribunal que habia sido propio autor de ella la hubiese abandonado y menos contradicho; y en efecto, el Sr. Zúniga, de cuya obra nos servimos para trazar estos ligeros apuntes demuestra que no existe semejante contradiccion.—Se cita el fallo de 15 de Enero de 1867 en un recurso procedente de Cataluña; pero examinado su contenido no se consignó en él la doctrina absoluta de poder en cualqüier tiempo el vendedor retraer ó recuperar la finca vendida, sino solamente se declaró que en aquel caso concreto procedia la accion de retracto, á pesar del tiempo trascurrido, por las especiales condiciones del pacto y de los diversos actos que habian mediado para interrumpir la prescripcion.

Cinco años es el mayor término señalado por los Códigos modernos y aun el Proyecto en el art. 1.437 señala cuatro; cuya reduccion se funda en que no consiente el bien público que se prolongue demasiado una incertidumbre que necesariamente ha de perjudicar á los intereses de la agricultura y del comercio.

Este derecho compete al vendedor ó á sus herederos contra el comprador y los suyos, aun cuando en el pacto, segun dice Lopez, no se haya hecho particular mencion.

Consultados los autores se ve que ha habido entre ellos grande divergencia sobre la cuestion de si podia ejercerse contra tercera persona. La dificultad nacia de que muchos no consideraban esta facultad como una resolucion del contrato de venta, sino como una simple venta: en opinion de estos autores la obligacion del comprador era una promesa de vender que engendraba solo una accion personal: *Actio personalis active, vel pasive, respectu rei non transit ad particularem sucessorem* (Gomez, núm. 29). Los que creian que el retracto convencional llevaba consigo la resolucion de la venta, sostenian por el contrario que la accion del vendedor *in rem scripta* podia ejercitarse contra terceras personas.

Los modernos Códigos han prescindido de estas distincio-

nes, declarando como lo hace el Proyecto en el art. 1.439, que el vendedor puede ejercitar su accion contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mérito del retracto convencional. El comprador limitado por la cláusula de retro, solo ha podido trasferir los derechos que él tenia. El segundo comprador no puede quejarse de que contra él se ejerciten los derechos de redencion, porque consultado el primitivo contrato, que era su título de propiedad, ha debido comprender que esta propiedad era resoluble mediante la citada cláusula. El primer vendedor cumple, pues, con entregar el precio que él habia recibido; cuenta será del segundo comprador reclamar del otro la diferencia.

La accion, segun esta teoría, compete al vendedor *omisso medio*, pues como la resolucion estriba en un acto de su voluntad en una condicion potestativa afirmativa, le bastan estos estremos para poderse dirigir desde luego contra el tercer poseedor.

Menos uniforme aparece la jurisprudencia respecto de la cuestion debatida. Como la ley comentada hace estensivas las mútuas obligaciones de vendedor y comprador á sus respectivos deudores se ha deducido la doctrina (S. 7 Abril 1866) de que la accion del vendedor es personal en su favor y el de los herederos, contra el comprador y los suyos, mas no contra terceros. Pero de las palabras de la ley no se desprende semejante consecuencia pues el que la accion proceda respecto á los contrayentes y sus herederos no escluye el que competa asímismo contra terceras personas; por eso parece preferible la doctrina consignada en otra decision de 12 Diciembre de 1865, segun la cual la accion que se deriva de dicho pacto es personal ó bien personal é hipotecaria y por lo tanto mista.

Si el comprador ha dejado muchos herederos, la accion de retracto no puede ejercitarse contra cada uno, sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa la cosa vendida, ora se haya distribuido entre elllos, pero si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, puede intentarse dicha accion contra él por el todo.

En el caso que vendieran muchos conjuntamente una finca indivisa, ó habiéndola vendido uno solo haya dejado muchos herederos, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho mas que por su parte respectiva; así como si cada uno de los copropietarios vendiese separadamente su parte, solo puede ejercitarse la accion contra el comprador bajo igual separacion, con la diferencia de que en este segundo caso no puede obligarse al que la intente á que redima la totalidad, así como en el primero tiene el derecho el comprador para exigir de todos los condueños que se pongan de acuerdo sobre la total redencion de la finca, sin que puedan estos obligarle á que consienta en un retracto parcial.

La teoría sobre obligaciones divisibles é indivisibles sirve de fundamento á la anterior doctrina, sobre la cual no hay resolucion concreta en la ley, pero que encontramos aceptada por escritores nacionales y estranjeros Pothier, Gomez y Viso, y ha sido confirmada por el Proyecto de Código, art. 1.443 y siguientes.

Naciendo del pacto la obligacion de devolver la cosa, no se exime el comprador abonando daños y perjuicios. Si á mayor abundamiento ó para darle mas estabilidad se hubiese estipulado pena, en este caso, de que tambien se ocupa la ley, dispone que si el comprador ó sus herederos remitentes consienten en pagar la pena, debe el vendedor separarse de la cosa vendida: *debese partir de la cosa vendida; fueras si se hubiese pactado é tornase la cosa é pechase la pena.*

Es pues potestativo para el vendedor contentarse con recibir la pena ó exigir que se le devuelva la cosa: la accion penal no minora la accion nacida del contrato que se dirige á retraer la cosa vendida: *venditor, antequam pœnam ex estipulatu petat, ex vendito agere potest* (Ley 28, Dig. de *Act. emp.*).

Los efectos nacidos del ejercicio de esta accion son resultado natural de la posicion respectiva de los contrayentes.

El vendedor debe reembolsar al comprador el precio que recibió por la cosa, incluyendo los gastos del contrato, mas no los intereses, pues habiendo el comprador percibido los frutos, no podria sin injusticia percibir uno y otro.

Ha de abonar tambien las reparaciones que no sean gastos precisos para la conservacion de la finca, sino las que han aumentado el valor de la cosa.

Sin embargo, la condicion impuesta en el contrato señala al comprador un límite para no hacer mejoras que al vendedor le fuera imposible satisfacer: *quod insoportabilem sarcinam imponit, non videtur utiliter gestum.* A fin de precaver este abuso, de que podria echar mano un comprador de mala fé para dificultar el retracto, convendrá determinar en la escritura la cantidad á que pueden ascender las mejoras y el modo de satisfacerlas, si fueren escesivas; ó prohibir que se hagan sin consentimiento del vendedor, so pena de perderlas.

El propietario está obligado á devolver la cosa en el estado que la recibió, sin mas gravámenes que los que entonces tenia, y no pudiéndola devolver como la recibió por haberla gravado con censo, hipoteca ó de cualquier otro modo, indemnizar al vendedor todos los perjuicios. La retroventa estingue el derecho del comprador, de donde se sigue que las cargas si alguna impuso, deben resolverse por el principio: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Obligado á usar de la cosa con la diligencia de un buen padre de familia por la eventualidad en que consintió de haber de restituirla al dueño, no responde de los desperfectos insignificantes que son resultado natural de él; pero tendrá que abonar todos los deterioros causados por su culpa. Aunque algunos intérpretes disienten de esta opinion, repetiremos lo que dice Tiraquel despues de contestar á sus objeciones: *et ne quis amplius dubitet textum habemus expressum, dominum rei sujectæ restrictioni teneri de incendio sua culpa in re ipsa contingenti in leg. si modo* (Dig. de *Leg.* 1.°).

Deteriorada la cosa sin culpa del comprador, el vendedor debe recibirla tal como se encuentra, sin pretender por esta causa la menor disminucion en el precio, pues como la retroventa envuelve una resolucion completa del contrato, cada una de las partes tiene que devolver lo recibido por virtud del mismo.

La resolucion de la venta se presta á dificultades, y no es la menos grave el determinar á quién corresponde el aumento de

la heredad producida por el aluvion, si al comprador ó al vendedor. Unos le adjudican al vendedor; otros, mediante una distincion, dicen que si la venta se hizo por medida es del comprador, si se hizo en conjunto es del vendedor: muchos han sido de parecer que corresponde al comprador. Jurisconsultos de justa nombradía profesan la primera opinion alegando como principales argumentos que la condicion del vendedor es la mas favorecida, que la resolucion vuelve las cosas al estado que tenian antes de la venta, que el aumento habria sido suyo, si la cosa hubiese permanecido en su poder, y que no puede disputársele la adquisicion; pues de la misma suerte ó por el mismo principio que sufre las pérdidas deben corresponderle las mejoras naturales. Nosotros, á pesar de estas razones, prefeririamos la última opinion. Las cosas aumentan ó perecen para su dueño ¿es ó no propietario el comprador con pacto de retro? Si la cosa se destruyera, ¿podria pedir la resolucion? ¿Pensaria el vendedor en intentarla? ¿Pues en qué razon de derecho se fundaria la diferencia para que este hubiera de exigir y el otro no pudiera retener un aumento fortuito? Si se tratara de una estension del antiguo dominio, comprenderiamos que le adquiriese el dueño como accesion de su propiedad. Pero el aluvion si no es insignificante, en cuyo caso difícilmente produciria cuestiones, aunque accesorio de una propiedad, constituye otra nueva. No conviene agravar al vendedor, pero seria hacer un ultraje á la ley suponer que no hay pacto de esta especie que no sea usurario; la justicia exige no cercenar tanto los derechos del comprador, que se mate toda emulacion haciendo casi ilusorio su dominio.

El comprador hace suyos los frutos hasta que tenga lugar el retracto: es poseedor de buena fé, es propietario y habiéndose aprovechado el vendedor de los intereses del precio, hay compensacion de estos con aquellos: *quamvis emptor teneatur rem venditore trâdere, non tamen tenutur fructus medio tempore perceptos restituire nisi à tempore pretii soluti vel oblati* (Gom., V. R., tom. II, núm. 27).

Respecto de los frutos pendientes, cuando se hizo la venta, algunos, entre ellos Pothier, han sido de parecer que debe res-

tituirlos y mas estando próximos á su recoleccion. Estos frutos se dice, aumentaron el valor de la cosa vendida, y se tomaron en consideracion para fijar el precio; mayor es el valor de una viña poco antes que despues de la vendimia.

Pero otros opinan de distinta manera, y su opinion es sin duda preferible; si el comprador percibió los frutos, el vendedor utilizó los intereses del precio, y sobre aprovechamientos recíprocos hay compensacion: *quemadmodum emptor percepit illos fructus, ita et venditor percepit aut percipere potuit utilitatem ex pretio quod illi datum est interim dum illud non reddit; quæ utilitas minime contemnenda est* (Tiraquel).

En cuanto á los pendientes y por lo tanto manifiestos al tiempo del retracto, parece conforme á equidad, que se prorateen entre el comprador y el vendedor retrayente, habida consideracion al tiempo en que aquel poseyó la finca; y el año no se ha de contar precisamente por el civil ó del calendario, si no por el natural de cosecha á cosecha, segun la diversa especie de frutos: el vendedor retrayente gozó entre tanto los intereses del precio: justo es pues, que el comprador goce en la misma proporcion de los frutos de la cosa, y para el repartimiento de los frutos se han de deducir y abonarse respectivamente los gastos hechos para obtenerlos, por ser máxima constante en derecho, que no se entiende por fruto, *nisi quod deductis impensis superest.*

Si los frutos no estuvieren pendientes ó manifiestos, el vendedor solo deberá abonar al comprador los gastos hechos en esta razon por ejemplo en la preparacion de tierras y sementera.

Ley 43.—*Castillo, torre, casa ó otra cosa vendiendo un ome á otro, á tal pleito que el comprador nin sus herederos nunca lo pudiesen vender, nin enagenar á omes ciertos señalados por sus nomes, é si contra esto ficiese, que torne el señorio al vendedor ó sus herederos, tal postura non vale. E maguer el comprador ó sus herederos ficiesen contra la postura, non podria el vendedor nin sus herederos demandar, por esta razon la cosa, á aquel que fué despues enagenada. Pero si fuere puesta pena en tal pleito, tenudo seria el que la fizo, de la pechar, é el daño é me-*

*noscabo quel viniese por esta razon.. El cual debe ser apreciado con jura del é con estimacion del juzgador.*

Declara la ley que no vale el pacto hecho entre el vendedor y el comprador para que este no pueda enajenar la cosa vendida á determinadas personas, y si lo hiciere, que vuelva el dominio al vendedor, por lo que ni este ni sus herederos tendrian derecho para demandar á un segundo comprador. Pero si se impuso pena al comprador tendria que pagarla, y el interés apreciado por su juramento y á regulacion del juez.

Al género de esta ley pertenece la siguiente que dejamos trascrita en la pág. 193, lib. II, reducida á consignar que vale la prohibicion de enajenar hecha por el testador espresando causa, de otra suerte no vale.

El fundamento de estas leyes es desconocido: algunos intérpretes han visto en ellas, sobre todo, en la segunda, un vestigio de los mayorazgos, pero sin motivo como se dijo al examinar esta opinion en su correspondiente lugar.

La venta á ejemplo de los demás contratos admite limitaciones hijas de la voluntad de los contrayentes. El derecho romano consignó algunas: el nuestro copiándolas sintió, como en tantos otros casos, la fuerza de los precedentes.

## § IX.

### *Ventas judiciales: subastas.*

Ley 52.—[1]*Los jueces que han poder de mandar facer entrega por razon de su oficio, pueden mandar vender la cosa así entregada por facer complir la sentencia; é á quien quier que la comprare del, pasa el señorio de la cosa comprada al comprador. Lo mismo pueden facer los cogedores de la renta del rey. E aquello que recibieren ó prendaren por entrega de las sus rentas, aquello pueden venderlo.* [2]*Pero cualquier destos debela facer publicamente é non ascondida, metiendo la cosa en almoneda é faciendola pregonar. E non la debe vender fasta que sean diez dias pasados, estonce debela vender al que mas diere por ella. E*

*si por mas la vendiere, de aquello que ha sobre ella, debe lo demas tornar al señor de la cosa. Si los jueces é los otros oficiales ficieren vendida de las cosas agenas de otra manera non debe valer.*

El juez por razon de oficio está autorizado para mandar vender alguna cosa, y esta venta que suele tener lugar para llevar á cabo una sentencia, es tan firme como si la hubiese hecho el mismo dueño: *factum judicis reputatur factum partis.*

Igual facultad compete á los recaudadores de rentas del Estado, lo cual no se ha de entender como suena ó al pié de la letra, de modo que los exactores ó recaudadores de contribuciones, puedan verificar la venta por sí. Gregorio Lopez advierte: *judices vendunt ad instantiam conductorum sive sint ordinarii sive delegati.* Este es hoy encargo de las administraciones de Hacienda.

Pero en cualquiera de estos casos la venta se ha de hacer en almoneda pública precediendo los correspondientes pregones.

El término para vender los bienes muebles ó semovientes es de doce dias, porque se dan tres pregones, uno cada tres dias, resultando nueve; mas como por práctica, no se cuenta el dia del pregon, el término viene á ser de doce. Cuando los embargados son bienes raices, el término es de treinta dias; porque cada nueve se da un pregon, y no se cuenta el dia en que este se verifica. Si el embargo comprendiera muebles y raices, el término de los pregones es el de treinta dias (Ley 12, título XXVIII, lib. XI, Nov. Recop.).

La Ley de Enjuiciamiento civil sobre el procedimiento de apremio, art. 983, ordena que justipreciados los bienes se pongan á pública subasta por ocho dias, si fueren alhajas, frutos semovientes ó muebles, y por veinte, si raices, fijándose edictos en los sitios públicos é insertándose en los periódicos oficiales, etc.

Si la Hacienda pública hubiere hecho el embargo, el término de los pregones para bienes raices es de nueve dias, dándose un pregon cada tres dias; y para muebles de tres dias, en cada uno de los cuales se verifica un pregon.

Hecha la venta sin esta formalidad no vale. El esceso del precio despues de cubierta la obligacion que motivó el remate, se devolverá al dueño de la cosa: *sin vero creditor postquam jure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere: si quid autem superfluum sit, debitori servare* (§ 5.°, ley 3.ª, tít. XXXIV, lib. VIII, Cód.).

Ley 53.—[1] *Vendiendo ó dando el rey cosa agena como suya, pasa el señorío della al que la vende ó al que la da. Pero aquel á quien la tomase puedele pedir, quel dé su estimacion fasta cuatro años, é el rey debegela pagar, é si fasta cuatro años non pidiese la estimacion, en adelante no podria.* [2]*Otrosí, si el rey oviese alguna cosa comunalmente con otros la puede vender toda, ó dar por razon de aquella parte que ha en ella; é pasa el señorío de aquella cosa al que la vende ó al que la da. Mas con todo eso debe dar la estimacion á cada uno de los otros, segun la parte que avian en aquella cosa.*

Tuvo orígen la ley en la 2.ª y 3.ª del Código, tít. XXXVII, lib. VII, y dispone: que si el rey vende ó da alguna cosa ajena, trasfiere como si fuese propia su dominio al donatario. Pero el que antes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta cuatro años, y no mas; y el rey se la debe dar.

Aunque el comentador ilustra la materia escribiendo sobre la ley largas glosas, nosotros omitimos su exámen, porque el rey carece actualmente de semejante facultad; ningun español puede ser privado de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad comun y mediante los requisitos exigidos por las leyes.

### *Subastas.*

Ley 32, tít. XXVI, Part. 2.ª—*Almoneda es dicha el mercado de las cosas que son ganadas en guerra é apreciadas por dineros cada una cuanto vale. E esto ficieron los antiguos por tres razones. La una porque allí fuesen las cosas apreciadas cuanto mas pudiesen, de manera que los que las ganasen, oviesen ende pro é sabor de ir á ganar mas. La segunda porque los señores*

*non perdiesen sus derechos. La tercera, porque non pudiese ser fecho en ellas engaño ni furto vendiéndolas escondidamente.....*

La almoneda llamada tambien subasta, tomó este nombre de la práctica usada entre los romanos de colocar los objetos que habian de venderse al pié de una lanza ó pica que fijaban como señal de la venta en el paraje destinado á ella.

Puede ser necesaria ó voluntaria. La primera se verifica á consecuencia de un juicio á las veces solo informativo, pero prévio siempre el mandato del juez. La segunda la promueven de por sí los particulares, ora individualmente en los casos que lo estiman conveniente, ora colectivamente cuando tienen muchos derecho á una misma cosa, ó no tiene esta cómoda division, ó ninguno de los propietarios la quiere.

Esta última puede dividirse en judicial y extrajudicial, segun que para llevarla á cabo, se pida ó no la autorizacion del juez.

Las subastas voluntarias estrajudiciales necesitan los requisitos siguientes: 1.°, el anuncio de la subasta: 2.°, su celebracion en lugar público, en casa particular ó en el despacho del escribano; y 3.°, la adjudicacion al mejor postor, prévia licitacion en forma.

Las voluntarias judiciales siguen los trámites prescritos por la Ley de Enjuiciamiento en los artículos 1.375 al 1.379.

Las necesarias, como que se hallan mandadas terminantemente por la ley, siguen los trámites prevenidos para cada caso.

Tres son las razones que ha tenido, dice la ley, para preferir este método; conseguir el mayor precio de la cosa á fin de interesar mas á los caballeros en la guerra, salvar los derechos de los señores é impedir ocultaciones fraudulentas. Por lo demás, recomienda que se pague el precio de presente ó hasta nueve dias dando fiadores, etc.

La ley 33 describe el encargo de los corredores, que son los que andan en las almonedas, y venden las cosas pregonando cuanto es lo que dan por ellas.

Termina el título con la ley 34 recomendando la fideiidad con que los escribanos han de conducirse en este cargo; sus obligaciones son dos. La primera que sean leales para guardar comunalmente de engaño ó de pérdida á los vendedores *(los de la cabalgada) otrosí á los compradores, non escribiendo por miedo, ni por amor, ni malquerencia, si non la verdad. La segunda aver sabiduría para saber escribir todas las cosas que vendieren, cuales son, é como han nome, si fueren omes ó mujeres..... Otrosi deben escribir los nomes de los compradores, é cual es la cosa que compran, é por cuanto, é en que lugar, é donde fué fecha la almoneda, el mes, el dia é la era.....*

## § X.

### *Causas de disolucion de este contrato.*

#### Artículo 1.°

##### *Rescision del mismo por causa de lesion.*

Parte histórica. Ley 56.—[1]*Otrosi se puede desfacer la vendida que fué fecha por menos de la mitad del derecho precio que pudiera valer en la sazon que la ficieron, é si el vendedor esto pudiere probar, puede demandar al comprador quel cumpla sobre aquello que habia dado por ella, tanto cuanto la cosa podria valer segun derecho. E si esto non quisiere facer el comprador, debe desamparar la cosa al vendedor, é recibir del el precio que habia dado por ella. E por menos del derecho precio podria ser fecha la vendida, cuando de la cosa que vale diez maravedís fué fecha por menos de cinco.* [2]*Otrosi, si el comprador pudiere probar que dió por la cosa mas de la mitad del derecho precio que pudiera valer en aquella sazon que la compró, puede demandar se desfaga la compra ó que baje el precio tanto cuanto es aquello que de mas dió. Esto seria como si la cosa que valiese diez maravedís, diese por ella mas de quince.* [3]*Esto puede facer é demandar el vendedor ó el comprador non seyendo la cosa que se vendió perdida, nin muerta, nin mucho empeorada; ca si*

*alguna destas cosas le acaesciese, non podria despues facer tal demanda.....*

Ley 7.ª, tít. IV, lib. V del F. J.—*Si algun ome vende algunas casas, ó tierras, ó viñas, ó siervos, ó animalias, ó otras cosas, non se debe por ende desfacer la vendicion, porque diz que lo vendió por poco.*

La 5.ª, del correspondiente título del F. R., contiene tres capítulos.

El primero es la regla: *Ningun home no pueda desfacer vendida que faga, por decir que vendió mal su cosa maguer que sea verdad.*

El segundo es la escepcion: *Fueras si la cosa valia cuando la vendió mas de dos tanto de por cuanto la dió.*

El vendedor, en cuyo beneficio declara la ley este recurso, podia rescindir la cosa si el comprador se negaba á satisfacer su verdadero precio; pero la eleccion es de este: á él corresponde escoger lo que mas quiera. [3]*Por tal razon bien debe desfacer toda la vendida si el comprador non quisiere cumplir el precio derecho segun valia; ca en poder es del comprador de desfacer la vendida, ó de dar el precio fecho, ó de tener lo que compró.*

La rescision, por causa de lesion, tuvo orígen en la ley 2.ª, tít. XLIV, lib. IV, Cód., que es una Constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano, concebida en estos términos: *Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Antes de esta Constitucion no solo fué desconocido este remedio, sino que Ulpiano llega á decir que segun Pomponio era permitido á comprador y vendedor engañarse recíprocamente acerca de la fijacion del precio: *Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire* (Ley 16, § 4.°, Dig. de *Min.*) El anuncio de esta proposicion causa un verdadero escándalo, y el caso no seria para menos si debiera entenderse como suena; pero el punto ha sido ámpliamente dilucidado, y

el sentido, el pensamiento, nada tiene de inmoral: *Hæc tamen circunscriptio*, dice Godofredo, *cujus fit hic mentio non est dolus, sed prudentia et industria quædam tantum rei familiaris augendæ*. Está permitido á los contrayentes emplear medios lícitos de sacar el mejor partido de la venta, mas no emplear el fraude, no engañarse. La equidad aconseja que en un contrato conmutativo haya perfecta igualdad entre las dos partes; por eso dicen los emperadores, *humanum est;* esta palabra tiene una alta significacion. Troplong dice que es un homenaje tributado al sentimiento de la equidad humana, que iba siendo de dia en dia mas vivo en la sociedad, y que tendia progresivamente á despojar el derecho civil de sus formas austeras para aproximarle al derecho natural.

Por las leyes insertas en el Código Teodosiano resulta que esta Constitucion, á pesar de su justicia, no tuvo una duracion constante; pero Justiniano, que prosiguió la alianza del derecho civil y del derecho natural con una perseverancia digna de los mayores elogios, la restableció. Alejandro é Inocencio proclamaron á fines del siglo XI, y principios del XII la rescision de la venta por lesion en mas de la mitad del justo precio, cuya regla pasó sin contradiccion del derecho canónico al derecho civil por la union íntima que entonces habia entre ambos derechos.

Parte doctrinal. La rescision es un derecho igual para ambos contrayentes. El vendedor puede pedir al comprador que le complete el verdadero valor, y si este lo rehusare, debe desamparar la cosa y recobrar el precio. El comprador puede pedir que se deshaga la venta ó que el vendedor devuelva el precio que recibió demás. Lesion hay si el vendedor da por cinco lo que vale diez ó el comprador paga mas de quince. Al hablar de precio no se entiende meramente el intrínseco ó material de la cosa, sino el que fija la estimacion por lo que ofrecen ó dan por ella con relacion á lo que produce ó reditúa, especialmente tratándose de establecimientos industriales (S. 12 Marzo 1864).

La jurisprudencia no logró ponerse de acuerdo en cuanto á la estension que habia de darse á este recurso. Creian unos que

aunque la ley del Código no hablaba del comprador, debia concedérsele por analogía para evitar desigualdades entre él y el vendedor, otros por el contrario mantenian estrictamente la disposicion romana, suponiendo que la reciprocidad no estaba aconsejada por la naturaleza de las cosas.

La ley de Partida hacia por derecho pátrio imposible esta cuestion, pero los intérpretes no lo creyeron así, de modo que mas por el deseo de acabar las dudas de estos que por la necesidad de fijar el sentido de aquella, publicó D. Alfonso XI la 1.ª, tít. XVII, del Ordenamiento, aumentada con una aclaracion de D. Juan I, en las Córtes de Soria de 1380 que dice: *Si el vendedor ó comprador de lo cosa dijere que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dijese que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedis; ó el comprador dijere que lo que valió diez dió por ello mas de quince; mandamos que el comprador sea tenudo de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dejar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demas del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió*..... (2.ª, tít. I, lib. X).

Concurriendo las circunstancias determinadas en ambas leyes, la persona perjudicada usará de su derecho, interponiendo la demanda comprensiva de los dos estremos, ó cualquiera de ellos, pues segun observa el comentador: *quod licet in libello non fiat mentio de beneficio rei, sed tantum agatur ad supplendum pretium, libelus tenet* (Glosa 7.ª).

Justificada la lesion, el juez mandará segun quien sea el autor, que el vendedor devuelva el exceso de precio justo que tenia la cosa al tiempo de la venta, ó que el comprador entregue lo que falte hasta llegar á él, ó se rescindirá ó anulará el contrato, llevando cada uno lo que entregó.

Esta accion puede ejercitarse por los herederos y contra los herederos de los contrayentes por ser trasmisible como todas las de su naturaleza, y si en la demanda se pide la rescision de un contrato por causa de lesion y la restitucion de la cosa de

que es objeto envuelve legalmente la alternativa de completar el precio ó devolver aquella..... (S. 22 Setiembre 1864).

El comprador condenado á restituir la cosa, no está obligado á devolver los frutos que produjo durante el tiempo que la tuvo en su poder: pues además de no ser justo que el vendedor que se aprovechó del precio, perciba luego los frutos, ninguna de las leyes citadas le impone esta obligacion.

Gregorio Lopez trata esta cuestion en la glosa 8.ª, y despues de citar los fundamentos con que entre otros apoya Cepola esta doctrina, se inclina mas á la contraria que siguen Rofredo y Alberico, en la cual halla mayor equidad, porque la palabra restituir tiene una significacion plena; *etiam fructuum et accessionum*. Por lo que eligiendo el comprador la restitucion, *debet restituere cum fructibus, et recipiet pretium quod dedit cum interesse quod in regione frequentatur.*

Acerca de la persona contra quien debe dirigirse la accion ha habido diversidad de pareceres. Creen algunos autores, que siendo de las llamadas *in rem scriptas*, puede dirigirse contra un adquirente á título singular, si se quiere *omisso medio. Adverte tamen quod hæc actio ad redimendum, sicut et actio rescindens secundum rationabiles usus nostros, est in rem scripta, et sic tertius singularis possessor potest recte conveniri* (Dumoulin). Otros opinan de distinto modo fundados en que la accion es personal: *et quod actio vel obligatio personalis sequitur fundi possessorem.* No debe olvidarse que la ley hipotecaria prohibe rescindir y anular os contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por lesion enorme y enormísima.

Si el perjudicado fué el comprador y hubiese enajenado la cosa, carece de accion aun respecto del vendedor: *cum non possit jam rem tradere, et suo facto et culpo sit privatus facultate tradendi* (Gomez, número 22).

Es además circunstancia precisa que la cosa vendida no haya perecido ó empeorado mucho: *Ca si alguna destas cosas acaesciese non podria despues facer tal demanda.* Resuelve la ley este caso contra el parecer de algunos doctores, que alegando que el peligro pertenece al comprador desde que la venta está perfecta,

sostenian que aun en el supuesto de haber perecido, podia el vendedor conseguir el suplemento del precio. Su disposicion tiene de particular que lo mismo ordena cuando el engañado sea el vendedor, que cuando sea el comprador, igualacion no justificada, pues al primero le quedaba no solo el precio sino el escedente, por lo que mas bien recibia beneficio que no daño: *venditor in isto casu est in lucro et sine damno;* lo cual no sucede al segundo; pues si la cosa perece, el daño es para los dos *in casu vero quo emptor fuit deceptus, uterque remanebat in damno re perempta* (Glosa 10).

Gomez presenta solucion á estas dificultades en los siguientes precisos términos. Pereciendo la cosa fortuitamente, ni uno ni otro puede utilizar este remedio: no el vendedor, porque la accion que tiene respecto de la cosa, se estingue en pereciendo: *actio vel obligatio emanata respectu rei tollitur, et extinguitur perempta re:* tampoco el comprador, porque no puede restituir la cosa al vendedor: *quia non potest rem dare neque restituere venditore* (núm. 22).

*Esto mismo debe ser guardado en las ventas, en los cambios y en los otros contratos semejantes; y decimos que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda del dia en que fueren hechos fasta en cuatro años y no despues. Y mandamos que esta ley se guarde salvo si la vendicion de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor y fuesen compelidos y apremiados compradores para la compra y fueren vendidos por apreciadores y públicamente que en tal caso aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley* (Ley 2.ª, Rec.).

En las palabras trascritas encontramos una ampliacion y juntamente una limitacion de este derecho.

Lo primero en cuanto le declaran aplicable á las ventas y cambios y otros contratos semejantes aunque se hagan por almoneda. Lo segundo en cuanto le escluyen cuando la venta se haga contra la voluntad de los vendedores, prévia tasacion y licitacion pública.

Los contratos de arrendamiento de obra de manos están comprendidos en las disposiciones legales que se refieren á la

rescision por lesion enormísima (S. 24 Setiembre de 1858).

La accion rescisoria por lesion no toma su fuerza esclusivamente del derecho escrito, está fundada sobre un principio deducido de los contratos de buena fé, en los cuales cada una de las partes contratantes da una cosa por recibir el equivalente: *in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis causa cognita, publica jura subveniunt* (Ley 3.ª, tít. LIV, lib. II, Cód.).

Procede, aunque la venta se haya hecho en almoneda, si fué extrajudicial, porque no aleja el peligro de que el comprador cediese á la sugestion ó á la violencia, que es la razon de la ley 16 del Cód. de *Resc. vend.*: *si quos debitorum male depressos necessitas publicæ rationis adstringat proprias distrahere facultates, rei qualitas, et redituum quantitas æstimetur: nec sub nomine subhastationis publicæ locus fraudibus relinquatur, ut possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor ex gratia, quam debitor ex pretio consequatur.....*

Pero de ningun modo cuando la venta fuese judicial por insolvencia del vendedor; único caso en que se concibe que fuese obligado á vender, y los compradores á comprar contra su voluntad, porque la ley presume que se ha dado á los objetos su valor.

Cuando en un remate se observan todas las solemnidades que prescribe la ley 52, tít. V, Part. V, adjudicándose la cosa vendida al mejor postor, no puede considerarse infringida dicha ley en el equivocado concepto de haberse vendido al que menos daba por ella (S. 4 Mayo 1868).

El término para ejercitar esta accion dura cuatro años siguientes al dia en que se celebró el contrato, ó al de su remate si la venta se efectuó en almoneda pública (S. 30 Junio 1864). Supone, por último, la ley que han de ser válidas las obligaciones nacidas del contrato, cuya rescision se pida por lesion; es por consiguiente inaplicable, cuando este contenga vicio que lo anule (1.° Diciembre 1863).

*...Otrosi: si el comprador ó el vendedor jurare cuando ficiere la compra ó la vendida que maguer la cosa valiese mas ó menos que nunca pudiere demandar que fuese desatada la vendida; si fuere mayor de catorce años el que vendió cuando la jura fizo,*

*debe ser guardada la jura; é non se puede desatar entonce la compra. Mas si fuesè menor de catorce años non valdria la jura, é desatarse y a la compra ó la vendida, tambien como si non oviese jurado* (Ley 56, Part.).

La cuestion de renuncia ha sido y es muy debatida en el derecho. Segun la ley preinserta si los contrayentes mayores de catorce años juraren no pedir rescision, aunque la cosa valiese mas ó menos, se guardaria el juramento, subsistiendo la venta; mas no cuando los contrayentes fuesen menores de aquella edad.

Pero los intérpretes opinan que es nula la renuncia, pues desde que se concediera este recurso la ley seria ilusoria, y si su infraccion seria poco dañosa al comprador, en quien se supone libertad para comprar, puede serlo y mucho, para el vendedor que vendia por error ú obligado por la necesidad.

Lo mismo seria si en lugar de esta cláusula se dijese que el vendedor hacia al comprador donacion del mayor valor que pudiese tener la cosa; pues además de ponerse estas cláusulas por rutina, como inmorales en ciertos casos, no deben servir para anular los efectos de repetidas leyes.

Sobre la fuerza del juramento para invalidar las leyes nos remitimos á lo manifestado en otro lugar. Pero puesto caso que la ley lo autoriza, diremos que en sentir comun de los intérpretes no produciria efecto alguno: primero, porque el juramento no aumenta la capacidad, y si por falta de ella gozan los menores del beneficio de la restitucion, por daño leve, mejor deben disfrutarle cuando el daño es considerable; y segundo porque segun las leyes 6.ª y 7.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Recop., el juramento no puede ponerse ni surte efecto contra leyes prohibitivas.

Cualquier otra lesion que no sea de las llamadas enorme y enormísima solo dará lugar á rescision cuando haya habido dolo y mala fé. Ley 3.ª recopilada: *qualquier que se obligare por contrato de compra, ó vendida ó troque, ó por otra causa y razon cualquiera ó de otra forma y calidad, si fuere mayor de 25 años, aunque en tal contrato haya engaño que no sea mas de la*

*mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fé, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados sean tenudos de los cumplir.* Para que la rescision por lesion tenga lugar no basta pedirla dentro del cuadrienio legal conforme á ley y jurisprudencia establecida, sino que además debe haberse ejercitado la accion correspondiente y acreditado su existencia en controversia jurídica, de otro modo ni puede aplicarse ni ser infringida la doctrina de la presente ley.

Ley 4.ª recopilada.—*Por que los oficiales de cantería, albañileria y carpintería, y otros oficiales toman obras de concejos y otras personas á facer, y despues de hechos los contratos ó rematadas en ellos las obras, alegan engaño en mas de la mitad del justo precio, seyendo espertos en sus oficios, de que resulta agravio á los que hacen las obras y dilacion; por ende mandamos que de aquí adelante los tales oficiales non puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte, que tomaron á destajo ó en almoneda ni sobre ello sean oidos.*

Los términos de la ley denotan el objeto de su publicacion: algunos contratistas de obras particulares ó de concejo pretendian evadirse de sus compromisos, alegando engaño en mas de la mitad del justo precio. Los procuradores á Córtes pidieron remedio, y en las celebradas en Valladolid en 1537, D. Cárlos y doña Juana, considerando el atraso que recibian dichas obras y las circunstancias de ser los querellantes espertos en sus oficios, declaráronlos decaidos del beneficio con prohibicion de ser oidos sobre su engaño.

Aunque la ley se contrae á determinados oficios, los intérpretes, atendiendo mas que á la letra, á su espíritu, convienen en que no podrán utilizar este recurso los oficiales ó peritos en los contratos de obras de su arte, puesto que siendo espertos en su oficio deben imputarse á sí mismos el engaño. A esto es consiguiente que no se prive á los artífices de este derecho, cuando contratan respecto de artes ú oficios que no son de su pericia ó incumbencia (S. 18 Junio 1864).

Entre los esceptuados se cuentan los arrendadores de rentas reales y de propios y arbitrios de los pueblos, porque segun

instrucciones vigentes, y particularmente la de 13 de Octubre de 1828, los arrendamientos de esta clase se hacen á todo riesgo.

Asímismo lo están los que se creyeren perjudicados en una transaccion sobre derechos litigiosos.

La regla, en una palabra, consiste en que no tenga lugar en lás ventas aleatorias, cuya razon es fácil de comprender. El riesgo que corre el comprador está recompensado con una disminucion en el precio.

Ley 58.—*Muévense los omes á las vegadas á vender sus cosas por pleito que les facen ante en las vendidas ó por cosas que les prometen, de manera que si esto no les prometieren no las querrian vender, é decimos que cuando uno vendiese su cosa sobre tal pleito conviene en todas guisas, que el pleito sea guardado, ca si non lo guardasen en la manera que fué puesto, desfacerse y ha por ende la vendida. Mas si fuere fecha de otra guisa, que non la ficiesen señaladamente por razon de los pleitos, mas aviniendose el comprador é el vendedor en la vendida, é de si ficiesen pleitos despues en razon della, valdria é non se puede desatar, maguer os pleitos no fuesen guardados. Pero el que fizo la postura, enudo es de la cumplir é enmendar al otro los daños é menoscabos quel vinieron por razon que non guardó el pleito puesto en la vendida.*

Dos géneros de pactos pueden modificar la venta: uno préo que debe mirarse como causa y condicion del contrato, otro posterior é independiente de este contrato. El primero es de tal suerte obligatorio que, no cumpliéndolo en la manera que se puso, es nula la venta: el cumplimiento del otro no la afecta, solo da lugar á la indemnizacion de daños y perjuicios.

Ley 59.—*Encubiertamente, é con engaño vendiendo sus cosas algun ome que era pechero ó debdor del rey por hacerle perder sus pechos, ó sus rentas, ó su debda que le oviese á dar, la vendida que asi fué fecha non debe valer, mas debe ser desfecha en todas guisas. E si el comprador sabe este engaño, é fizo la cosa á sabiendas, es tenudo de pechar al rey de lo suyo, tanto como aquello que habia comprado atales cosas.*

No existe ya diferencia entre pechero y no pechero, porque todo español está obligado á contribuir, en proporcion de sus haberes, para los gastos del Estado; pero se concibe que alguien enajene dolosamente sus bienes en fraude de las rentas públicas; en semejante caso la ley declara nula la venta, y obligado el comprador, si fué partícipe del fraude, á pagar otro tanto precio.

Un motivo de alta prevision inspiró al legislador la 17 del Cód. de *Resc. vend.*, que dió orígen á la presente: *Hi qui imposita munera civitatum fuga destituunt, vel ineundos furtim existimant esse contractus, intelligant, sibi nihil hæc profutura esse commenta, et pretio emptorem (fugæ conscium) multandum esse quod dederit.*

Ley 60.—[1]*Establesciendo un ome á otro por su personero en todas sus cosas, entre tanto que este atal fincase en la personería, le establesciese el otro por su heredero, no lo sabiendo el, si acaesciese que muriese aquel que lo habia establecido por su personero é por su heredero, é algun su siervo vendiese de los bienes del finado alguna cosa á otro, tal vendida non valdria, é poderla y a desfacer el heredero, cuando quier que lo sopiese, ante que la cosa fuese pasada á poder del comprador.* [2]*Esto se puede facer maguer el mismo se oviese acertado en la compra é lo oviesen llamado por testigo; é aunque oviese escribido su nombre en la carta de la compra. Esto es porque non era sabidor que era establecido por heredero: ca si lo sopiese, non consentiria que la vendida fuese fecha. Pero si este siervo tenia tal lugar en vida de su señor que acostumbraba á vender algunas cosas por el; como quier que el heredero pueda desfacer la vendida, con todo, tenudo es de enmendar al comprador los daños é menoscabos quel vinieron por razon de aquella compra de los bienes que el siervo traya en pejugar, si los oviese.*

Tuvo la ley orígen en la 8.ª, Dig. de *Rescind. vend.*: *Titius Seii procurator;* el argumento y la resolucion son idénticos.

La analizamos, no obstante, que ha desaparecido la esclavitud, porque el caso del esclavo es aplicable al hijo ú otro constituido en potestad ajena.

Si estando yacente la herencia, vende uno de estos cierta

finca, autorizando la venta el procurador como testigo, ignorando este que habia sido instituido heredero por su dueño, podria rescindir la venta, cuando quiera que lo supiese, antes que la cosa hubiese pasado á poder del comprador.

La ignorancia le escusa, de modo que aunque lo supiese despues de entregada la cosa, no perderia su derecho, y si la ley dice que antes, ha de entenderse, como espresa el comentador, á mayor abundamiento, ó principalmente, si no hubiese pasado, segun lo da á entender la frase *cuando quier que lo sopiese.*

Si el siervo, en vida del amo, acostumbraba á vender sus cosas por él, aunque tambien la venta se deshace, es sin perjuicio de abonar al comprador de su peculio daños é intereses.

Ley 61.—*Arrepiéntense para desfacer la vendida, los omes, despues que han vendidas sus cosas, é van á pedir merced á los reyes que les manden dar sus cartas para que las puedan desfacer. E decimos que tales cartas non les deben dar, é si las dieren, non deben valer. Ca non seria cosa guisada que pues la vendida fué fecha derechamente é con placer del vendedor, é del comprador, que pueda ser desfecha por premia, é á miedo del uno dellos. Otrosi maguer el vendedor se quisiese arrepentir, despues que la vendida fuese fecha, diciendo al comprador que le daria el precio doblado, é quel desamparase la cosa por tal razon non podria desfacer la vendida, nin seria tenudo el comprador de lo facer si non quisiese.*

Copia la ley otra del Derecho imperial (la 3.ª, tít. XLIV, lib. IV, Cód.): *de contractu venditionis et emptionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur: nec ex rescripto nostro: quo jure fiscum nostrum uti, sæpe constitutum est.*

Celebrados los contratos por voluntad de los contrayentes, solo su disenso los puede deshacer. Los príncipes no deben espedir cartas anulándolos, y si las dieren, no deben valer por no ser justo que despues de verificada la venta, se anule por miedo ó violencia de uno de los interesados.

Por igual causa no le es permitido al vendedor volverse atrás, ni aun ofreciendo al comprador que le restituirá el pre-

cio doblado: *Non est probabilis causa propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori; tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet* (Ley 6.ª, de *Resc. vend.*, Cód.).

Ley 62.—[1]*Desatar queriendo alguno la vendida que oviese fecho de su grado diciendo que la vendiera con gran cuita en que estaba de fambre, ó por muchos pechos que avia á dar por razon de aquella cosa que vendió ó por otra cosa semejante, esto non abonda para desfacer la vendida.* [2]*Otrosí si alguno quisiese desfacer la vendida diciendo que la ficiera por menos que valia, por tal razon non la podria desfacer. Fueras si la vendida fuese fecha por menos de la metad del derecho precio ó si pudiere probar que la vendida fué fecha por engaño que le fizo el comprador á sabiendas, non seyendo el vendedor sabidor de cuanto valia la cosa, nin habiendo nunca vistola.*

No se rescinde la venta ni aunque alegue el vendedor que la hizo, cediendo á la necesidad y á la desgracia. Esta primera parte de la ley copia la 12 del Código: *Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumptibus necessariis urgentibus, non viliore pretio vel urgente debito distraxisse contendis, rata manere debet.....*

La segunda pone el sello á la doctrina antes establecida; pues dice que tampoco se anula, aunque el vendedor diga que la vendió por menos de lo que valia, como no pudiese probar que hubo lesion en mas de la mitad del justo precio ó que la vendió por engaño del comprador, ignorando el precio de la cosa, y no habiéndola jamás visto.

La regla está fundada sobre una declaracion análoga del Código: *quisquis major ætate prædia etiam procul posita distraxerit, paulo vilioris pretii nomine, repetitionis rei venditæ copiam minime consequatur: neque enim inanibus immorari sinatur objectis, ut vires locorum sibimet causetur incognitas qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerat* (Ley 15).

La escepcion reconoce dos causas, de las cuales hemos ya hablado; la lesion (ley 56), el dolo (ley 57).

ARTÍCULO 2.°

*Doctrina legal respecto á las cargas y vicios ocultos de las cosas vendidas.*

Ley 63.—[1]*Casa ó torre que debe servidumbre á otro ó que fuese tributaria vendiendo un ome á otro, callando el vendedor é non le apercibiendo dello á aquel que la compra, por tal razon puede el comprador desfacer la vendida; é es tenudo el vendedor de tornarle el precio con los daños é menoscabos que le viniesen por esta razon.* [2]*Otrosí si vendiese un ome á otro algun campo ó prado que sopiese que criaba malas yerbas é dañosas para las bestias que las paciesen é cuando lo vendiese se callase, que lo non quisiese decir al comprador, tenudo es el vendedor de tornarle el precio al comprador con todos los daños quel vinieren por ende. Mas si esto non sopiese el vendedor cuando lo vendió, non seria tenudo de tornar mas del precio tan solamente.*

Estudiada á fondo la compra-venta, dice bien Troplong, hay que hacer honor á las leyes romanas que dictaron las principales disposiciones de este contrato. Combinando entre sí dichas disposiciones presenta un ejemplo completo enteramente conforme á las exigencias de la buena fé y de la lealtad. Como última prueba de su admirable sagacidad citaremos las teorías no inventadas de improviso sino gradualmente desarrolladas, sobre la garantía del vendedor por los vicios redhibitorios. Esta indicacion forma el elogio de las leyes de Partida que tomaron aquel derecho por modelo.

Las causas de la redhibicion pueden ser generales ó especiales.

Las primeras aplicables á toda suerte de cosas, son las que hacen el objeto vendido impropio para su uso, ó que de tal modo le limitan, que el comprador de haberlo sabido, ó no le hubiera adquirido, ó hubiera bajado mucho el precio. Las especiales, cuyo número por la legislacion romana era crecidísimo, tienen lugar en la venta de animales de todas especies.

Se rescinde la venta cuando el vendedor ocultó la servidumbre, el tributo ó una mala yerba que naciese en la cosa vendi-

da, y si lo hizo á sabiendas, indemnizará sobre el precio daños y perjuicios. Esto dice la ley, y aunque el precepto es comun, lo estudiaremos en los dos casos ó ejemplos que propone.

SERVIDUMBRE Ú OTRO GRAVÁMEN. La ley 1.ª, § I, Dig., de *Act. empti* dice: *venditor si cum sciret deberi servitutem celavit, non evadet ex empto actionem: si modo eam rem emptor ignoravit; omnia enim, quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem.....*

Supone Ulpiano, autor del texto, que el vendedor sabia y ocultó la servidumbre: *non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutem istam deberi cum esset ab eo quæsitum.....*

Lo propio que de la servidumbre se dice de cualquier tributo: *si prædii venditor non dicat de tributa sciens, tenetur ex empto: quod si ignorans non prædixerit, quod forte hæreditarium prædium erat, non tenetur* (Ley 21, Dig., id.)

Pero no ha de ser aparente, porque respecto de las cargas que están á la vista, no puede el comprador llamarse á engaño; *quæ pallam apparent, venditorem non obligant.*

Por eso hoy que tan fácil es á todo comprador diligente averiguar las cargas y servidumbres de la finca antes del otorgamiento, apenas tendrá lugar este recurso.

No es aplicable dicha ley al caso en que la cosa vendida tenga sobre sí alguna hipoteca, porque este gravámen no constituye verdadera servidumbre ni tributo, y además, porque no puede tener la condicion de clandestinidad en perjuicio del comprador, puesto que para afectar á este, debe constar en el registro, si bien el comprador no estará obligado al pago del precio convenido, hasta que la finca quede libre de dicho gravámen (S. 28 Enero 1868.)

Respecto á los fines con que puede establecerse, merece la ley fijar nuestra atencion.

Por derecho romano no daba lugar á la rescision, resolucion ó redhibicion, sino á una rebaja proporcional del precio. *Quoties de servitute agitur, victus tantum debet præstare quanti minoris emisset emptor si scisset hanc servitutem impositam* (Ley 61, tít. I, lib. XXI, Dig.). Y lo mismo se dispone en la ley 41, tít. I, lib. XIX, por haberse descubierto el gravámen de una pension anual sobre la

cosa comprada: *si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.....*

Nuestra ley dice que puede el comprador desfacer la vendida, de modo que segun observa Gregorio Lopez, la accion es potestativa: *erit ergo per istam legem in electione emptoris an velit stare emptioni et agere ad interesse.*

Cuando en la finca vendida se descubria un defecto ó calidad tal que lo hacia enteramente inútil ó peligroso, por derecho romano tenia lugar la redhibicion: *Et si pestibilis fundus (id est pestibiles herbas vel lethiferas habens) ignorante emptore, distractus sit, in hoc casu per eandem actionem, eum quoque redhibendum esse constat* (Ley 4.ª, Cód. de *Ædil. act.*).

El español le imita condenando al vendedor á devolver el precio, mas los perjuicios si procedió de mala fé (S. 25 Junio 1859, 2 Octubre 1867).

Ley 64.—*Tacha ó maldad aviendo el siervo.....*

Ley 65.—[1]*Caballo, mulo ó bestia vendiendo un ome á otro que hobiese alguna mala enfermedad ó tacha porque valiese menos; si lo sabe el vendedor, cuando la vende, debelo decir, é si lo non dice, luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad ó tacha, fasta seis meses puedela tornar al vendedor é cobrar el precio que dió por ella, é el vendedor es tenudo de lo recebir é tornar el precio al comprador maguer no quiera.* [2]*Si fasta los seis meses non demandare el comprador el precio, despues non lo puede demandar, é fincaria la vendida valedera: como quier que fasta un año puede el comprador facer demanda á aquel que le vendió la bestia, que le peche, ó le torne tanta parte del precio, cuanto fallasen en verdad que valia menos por razon de la tacha ó de la enfermedad que era en ella.* [3]*Destos plazos adelante non podria el comprador facer ninguna destas demandas. E este tiempo de los seis meses é del año sobredicho, se debe comenzar á contar desde el dia que fué fecha la vendida.*

El comprador á quien ha entregado el vendedor una cosa afecta á un vicio esencial tiene dos acciones: la primera es la redhibitoria, en cuya virtud puede obligarle á readquirir la

cosa y volver el precio: *Redhibere est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit: et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio:* Ley 21, Dig. de *Ædil. edict.* La segunda se llama *quanti minoris*, porque se dirige á que el vendedor baje algo del precio al comprador, el cual se conforma á conservar la cosa.

Tal es el objeto de la ley trascrita, cuyos precedentes jurídicos son varios, y su doctrina la siguiente:

Cuando el dueño de una bestia, caballo, mulo, etc., le vende sin descubrir un defecto oculto que él sabe que tiene, la venta se rescinde si el comprador reclama dentro de los seis meses desde que se le notó, y no mas tarde; pues un vendedor de buena fé está obligado á manifestar los vicios que hacen desmerecer una cosa.

No todos los vicios son redhibitorios, sino los que la hacen impropia para su uso, ó segun hemos dicho, los que de tal modo disminuyen este uso, que, de haberlos conocido el comprador, no la hubiera comprado ó habria dado menos precio por ella: sus frases *mala enfermedad* ó *tacha* se han de entender como espresa la ley 1.ª, Dig. de *Ædil. edict.*: *si quid tale fuerit vitii sive morbi quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum.*

Un vicio ó defecto leve no basta para tener por morboso el animal: *dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere ut morbosus vitiosus habeatur;* porque ha podido tenerse en cuenta y despreciarse. *Proinde levis febricula aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, vel vulnusculum modicum nullum habet delictum, quasi pronunciatum non sit; comtemni enim hæc potuerunt.*

Cuando la ley no haya declarado los vicios redhibitorios su clasificacion es un punto de hecho que habrá de decidirse por las declaraciones de los peritos y el uso de la tierra.

Los vicios redhibitorios solo se entendieron al principio, entre los romanos, de los animales: luego por analogía se ampliaron á las cosas inanimadas y aun á los inmuebles: *Idem est si quis vendat pannos, libros, vel similes res mobiles vitiosas* (Gom, núm. 48).

Como el objeto era evitar los fraudes y favorecer al comprador, el derecho romano concedia esta accion habiendo un

vicio oculto, aunque el vendedor lo ignorase: *Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emptoribus succurratur, quicumque decepti à venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent, tamen teneri debere: nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditòr: neque enim interest emptori, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate* (1.ª, § 2.ª, Dig. id.).

La cuestion era mas dudosa por derecho pátrio, porque las leyes 63 y 65 exigen para que tenga lugar esta responsabilidad las dos circunstancias, que el vicio sea redhibitorio y que el vendedor lo sepa; pero Lopez y algunos comentadores las interpretaron estensivamente, y su opinion que sin ser estrictamente legal era equitativa, ha venido á formar jurisprudencia; pues segun decision del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1863, con arreglo á la ley 65 esplicada, la accion redhibitoria ó sea la que compete al comprador de un animal cualquiera contra el vendedor para devolvérselo y cobrar su precio, *si tuviese alguna mala enfermedad ó tacha porque valiese menos*, es eficaz, bien que este sepa el defecto ó vicio de que adolece y no lo diga, ó bien que lo ignore.

La accion redhibitoria dura seis meses: *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet.....* (§ 6.ª, Ley 19, id.), cuyo tiempo corre desde que se tuvo conocimiento de la enfermedad, no antes, sobre lo cual está terminante la ley 55: *cum sex menses utiles quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriæ actioni præstantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse qui vitium fugitivi latens ignoravit; non idcirco tamen disolutam ignorationem emptoris excusari opportebit.* Mas no cuando haya pendiente una condicion: *si sub conditione homo emptus sit redhibitoria actio ante condictionem existentem inutiliter agitur: quia nondum perfecta emptio, arbitrio judicis imperfecta fieri non potest; et ideo et si ex empto vel vendito, vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione, iterum agi poterit* (§ 9.ª, Ley 43, id.).

Anulada la venta, natural es restituir la cosa: *Redhibire est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit* (Ley 21). Su efecto es ineludible: el vendedor debe recibir la cosa y devolver el precio, aunque no quiera.

La restitucion comprende los frutos: *facta redhibitione omnia in*

*integrum restituuntur; perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessit* (Ley 60).

Accion *quanti minoris*. Pasados los seis meses, la venta es firme y estable, pero puede dentro del año ejercitar la accion llamada *quanti minoris* para reclamar tanta parte del precio, cuanto valiese menos la cosa por razon del vicio ó defecto que tuviere al verificarse la venta: *Non nocebit emptori, si sex mensium exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum æstimatoria agere* (Ley 48, § 2.°, id.).

Esta accion se dirige á restablecer la justicia del precio, reduciéndolo cuanto fallasen en verdad que valia menos la cosa.

Puede suceder que vendidos varios animales juntos, solo algunos de ellos tengan vicio: el Proyecto de Código, en su artículo 1.413, resuelve este caso, de conformidad con la jurisprudencia romana, en los siguientes términos: Vendiéndose dos ó mas animales juntamente, sea en precio alzado, ó sea señalándolo á cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de uno da solamente lugar á su redhibicion y no á la de los otros; á menos que aparezca que el comprador no habria comprado el sano ó sanos sin el vicioso. Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja ó juego, aunque se haya señalado precio separado á cada uno.

Hé aquí las concordancias: *Si plura mancipia uno pretio, venierint et de uno eorum ædilitia actione utamur, pro bonitate ejus æstimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit* (Ley 36, dich. tít.).—*Si simpliciter quatuor mulæ uno pretio venierint, unius erit mulæ redhibitio, non omnium; nam etsi polia venierit, dicemus unum equum, qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Hoc et in hominibus dicemus pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, puta, si tragœdi vel minii* (38, § 14).—*Cum manifestum erit non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse* (Ley 34, § 1.°).

Presumiendo esto último: *Ut plerumque circa comœdos vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat* (Id.).

*Cum autem jumenta paria veniunt, edicto expressum est, ut cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re tam emptori, quam venditori consulitur, dum jumenta non separantur. Simili mo-*

*do et si triga venierit, redhimenda erit tota, et si quadriga venierit redhibeatur* (Ley 38, § 14).

Pasados dichos plazos, prescriben ambas acciones, empezando á contarse el término, desde el dia en que fué fecha la vendida.

Para salvar la contradiccion en que parece ponerse la ley, pues atrás dijo, luego que el comprador lo entendiere, Gregorio Lopez supone que se ha de entender en el caso de que en el mismo dia tuviere noticia de los vicios el comprador: *Videtur intelligendum quod hic dicit si eadem die emptor scivit vitium; alias esset contra prædicta et contra dispositum per jus commune* (Glosa 11).

Ley 66.—[1]*Manifiestamente diciendo la tacha ó la enfermedad el vendedor al comprador de la bestia que le vende, si el comprador seyendo sabidor, le place de la compra é la recibe por suya é da el precio por ella, si despues se quisiere arrepentir, non lo podria facer, nin seria tenudo el vendedor de recibir la cosa, nin de tornarle el precio.* [2]*Esto mismo seria si se aviniesen en el precio ambos á dos, é fuese fecha la vendida en tal manera que por tacha que oviese la bestia, non la pudiese desechar el comprador.* [3]*Mas si el vendedor dijese generalmente que la bestia que vendiese habia tachas, é encubriese callando las que habia, ó diciendolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador non se pudiese apercibir, seria tenudo de recibir la cosa que asi vendiese, é de tornar el precio en los plazos que digimos en la ley ante desta.*

Si al tiempo de vender la cosa manifestara el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que siendo este sabedor, le agradase la compra, y recibiendo la cosa, diese el precio, no estaria el vendedor sujeto á ninguna de las acciones referidas.

No habiendo en este caso fraude, falta la razon inductiva de este recurso. La ley repite una máxima consignada en los testos romanos: *Si intelligatur vitium, morbusque mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia, potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur* (§ 6.°, ley 1.ª, Dig.).—*Ei qui servum vinctum vendiderit, ædilitium edictum remitti æquum est;*

*multo enim amplius est id facere, quam pronunciare, in vinculis fuisse* (§ 3.°, ley 48).

Sucederia lo propio si ambos se concertasen en el precio y la venta se hubiese hecho espresando que aunque la bestia tuviese alguna tacha no lo pudiese desechar el comprador.

Cada cual ès árbitro de renunciar el beneficio introducido á su favor. Sin embargo, Gregorio Lopez acostumbrado á interpretar estas leyes segun el espíritu de las romanas, opina que esta doctrina debe contraerse al caso que el vendedor ignorase que la bestia tenia vicio, fundando esa inteligencia en la ley 6.ª Dig. de *Act. empt.*: *si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset adjectum sit, neve eo nomine quid præstaret, æstimari oportet dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei sit* (§ fin.).

Pero si el vendedor espresó genéricamente que la bestia tenia tachas, encubriéndolas ó manifestándolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiera enterarse, estaria obligado á recibir la cosa y volver el precio.

Gomez apoya esta doctrina sobre la ley 43 de *Cont. empt.* § fin., cuyas palabras son: *Dolum malum à se abesse præstare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose et obscure disimulat.*

Gregorio Lopez cita la ley 14, Dig., de *Ædil. edict.* para esplicar en qué sentido usa la ley la palabra envueltas: *Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cætero sanum esse dixerit, standum est eo quod convenit; remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus: nisi sciens venditor morbum, consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.*

Para terminar debemos advertir que lo anteriormente espuesto, se entiende con respecto al vicio que tenia la cosa antes de celebrarse el contrato y no al que posteriormente sobrevenga, siendo obligacion del comprador acreditarlo así para gozar del beneficio: *Actioni redhibitoriæ non est locus, si mancipium bonis conditionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat* (Ley 54, Dig., id.).

Tampoco son aplicables las últimas dos leyes al caso de va-

luacion de desperfectos ocurridos en el tiempo que medie entre la tasacion de la cosa vendida y su entrega al comprador, pues no puede suponerse que ha habido ocultacion de los vicios ó defectos de ella (S. 14 Abril 1859).

Ley 67.—[1]*Si el comprador despues que oviese la cosa comprada en alguna de las maneras dichas, la empeñase á otro, é despues se desatase la vendida por alguna de las razones espuestas, el que toma la cosa á peños, tenudo es de la tornar al vendedor, cuya fué: é puede demandar al que la empeñó, que pague lo que dió sobre ella á peños.* [2]*Otrosí, si un ome empeñase á otro alguna cosa obligándose en tal manera que la non pudiese vender, nin dar, nin enagenar en ninguna guisa, fasta que la oviese quita; si despues que la oviese así empeñado, la vendiese á otro, non valdria la vendida, é podria ser desatada por esta razon.*

Dos partes contiene la ley: la 1.ª dice: que si el comprador de una cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta por cualquiera de las razones espuestas, el que la tomó en prenda está obligado á devolverla al vendedor, pero puede pedir al comprador que le restituya lo que le dió sobre ella en prenda.

Esta doctrina ha dividido á los intérpretes suponiendo unos que la ley debia entenderse cuando la venta se resolvía por causa necesaria, creyendo otros que tendria lugar aunque la causa fuese voluntaria. Gregorio Lopez que recuerda en la glosa 1.ª estas opiniones y los testos romanos citados en su apoyo deja la cuestion sin resolver. Nosotros la orillamos, por no encontrar motivo para una distincion que la ley no autoriza.

La segunda parte declara que si alguno empeñase á otro cierta cosa obligándose á no poderla vender, dar ni enajenar en manera alguna hasta que la tuviese ya quita ó libre, y despues que la empeñó, la vendiese á otro, no valdria la venta.

Es natural que así suceda por haberse faltado á una condicion puesta en el contrato. La ley 7.ª, tít. V, lib. XX, Dig., de donde está copiada esta doctrina, dice: *Quæritur si pactum sit à creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita: ideoque veniri possit? Et certe nullam esse venditionem ut pactioni stetur.*

## § XI.

### *De la permuta.*

ARTÍCULO 1.º

*Naturaleza é historia de este contrato.*

Part. V, tít. VI, Proem.—*Cambiar una cosa por otra es una manera de pleito, que semeja mas al de las vendidas é de las compras que á otro. Ca bien asi como ome gana la cosa que ha comprada por precio que da por ella, bien otrosi la gana por aquello que por ella cambió.*

Las convenciones del derecho de gentes, admitidas como contratos en el derecho civil son poco precisas, ofrecen cierta vaguedad lo mismo en su naturaleza que en sus efectos. Ejemplo de esto son la permuta y la compra-venta, cuyos contratos son tan parecidos que en cierto modo se confunden.

Paulo nos enseña que la secta de los sabinianos habia intentado obrar una fusion de los dos contratos, pretendiendo que el precio de un objeto puede consistir en una cosa en especie, lo mismo que en una cantidad de dinero. En esta solucion se descubre la tendencia de esta escuela á hacer prevalecer los principios de equidad en el derecho civil; pero la tendencia era prematura, y la de los Proculeyanos mas severa, la hizo fracasar: *Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit* (Inst., lib. III, tít. XXIII, § 2.º).

El referido jurisconsulto señaló entre ambos contratos las siguientes diferencias: 1.ª En la permuta, la entrega de la cosa, da orígen á la obligacion, no el simple consentimiento: *Emptio venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: permutatio autem ex re tradita initium obligatione præbet.* 2.ª En la compra-venta el vendedor no se obliga á hacer al comprador dueño de la cosa, sino que basta que se obligue á la eviccion, mientras en la permuta, haciéndose la cosa permutada, propia de cada uno de los contrayentes, el que entrega la cosa ajena, no verifica permu-

ta: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem* (Dig. de *Rer. perm.)*.

La permuta consistente, segun indica la palabra, en una mutacion recíproca, era un acto que, para ser perfecto, necesitaba le ejecucion de ambas partes: *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere* (Cód., lib. IV, tít. LXIV, ley 3.ª).

La permuta es un contrato primitivo; porque el cambio constituye el medio mas sencillo de subvenir á las necesidades de la vida: *Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, et comparandi res necessarias permutatio fuit* (Vin.).

Por eso se ha hecho lugar en todos los Códigos. El tít. IV, lib. V del Fuero-Juzgo, lleva por epígrafe de las *cambias é de las condiciones*: el precepto de su primera ley es comun: el *cambio que non es fecho por fuerza ó miedo, vala así cuemo la compra*. La fórmula 27 visig. representa una escritura de permuta perfectamente arreglada á esta ley.

El Fuero Real dedica un título completo, el XI, lib. III, á los cambios y los troques. La ley 1.ª, síntesis, por decirlo así, de la materia, establece: *Los cambios son tan allegados á las vendidas que á duras se entiende en muchos lugares, si es vendida, ó si es cambio; y esto facemos entender cuando es vendida, ó cuando es cambio: ca si alguno da á otro caballo por caballo, ú otra cosa cualquier por cosa que no diese dineros, esto es cambio, e non vendida; mas do quier que se dé cosa cualquier por dineros es vendida, y este es el departimiento entre la vendida y el cambio: é porque dudarien algunos si es cambio ó vendida, cuando se da de la una parte heredad ó otra cosa cualquier, ó por dineros, mandamos que sea cambio*.

Si en los Fueros municipales, y aun el Viejo de Castilla, faltan disposiciones concretas, es por la razon indicada en la ley anterior: *á duras se entiende en muchos lugares si es vendida ó si cambio*. Cartas de permuta se registran muchas y muy antiguas en todos los archivos.

No podia incurrir en este defecto el espejo de todos los Códigos, pero las Partidas desarrollaron la permuta romana, es

decir con los caracteres que allí tenia, lo cual ha sido innovado y conviene no olvidarlo en el estudio de sus leyes.

### Artículo 2.°

#### *Definicion y division de la permuta.*

Ley 1.ª—[1]*Cambio es dar é otorgar una cosa señalada por otra. E puede facerse el cambio en tres maneras.* [2]*La primera cuando se face con placer de amas las partes é con otorgamiento é prometimiento de lo cumplir, como si uno dijese á otro. Pláceevos de cambiar tal cosa vuestra por tal mia, nombrándola cada una dellas señaladamente: é debe el otro decir; pláceme é otorgo é prometo de lo cumplir.* [3]*Otra, cuando lo facen por palabras simples, non lo otorgando nin prometiendo, mas diciendo: Quiero cambiar tal cosa con vos, é el otro respondiendo que le place: por tales palabras ó otras semejantes se face el cambio; maguer las cosas que cambio non sean presentes, nin pasadas á poder de ninguna de las partes.* [4]*La tercera cuando se face el cambio por palabra, cumpliendo despues por fecho amos á dos, ó la una de las partes tan solamente, ca en tal cambio, abonda cuales palabras quier que digan; solamente que sea fecho con placer de amas las partes, é resciba el uno dellos la cosa porque cambió la que era suya.*

Cuatro partes contiene esta ley y en rigor dos declaraciones: define la permuta: dacion ó entrega de cosa determinada por otra, y dice que tiene lugar por consentimiento de los partes, ya preceda interrogacion ó no: ó de hecho dando una cosa por otra.

El derecho romano segun hemos visto, no calificó este contrato entre los consensuales, por no nacer la obligacion hasta que uno de los contrayentes entregaba la cosa objeto de permuta.

La estipulacion podia surtir sus veces ó sus efectos por obligacion de las palabras.

*Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem* (Cód. de *Rer. perm.*, ley 3.ª).

La ley trascrita sin disentir de este principio, concede alguna mayor latitud, pues á la anterior forma esclusiva y rigorosa, añade en la segunda parte el nudo pacto, dando fuerza á la promesa hecha bajo cualquier forma, y al pacto que podríamos llamar calificado por intervencion ó entrega de la cosa.

Esas distinciones ya no subsisten, porque la ley 1.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Rec., disponiendo que de cualquier modo que uno parece quiso obligarse quede obligado, ha dado fuerza á todas las convenciones, de lo que es una consecuencia que la permuta produzca todos sus efectos como cualquier contrato, una vez que las partes hayan prestado su consentimiento.

Bajo ese principio define el proyecto de Código la permuta un contrato por el cual los contrayentes se obligan á dar una cosa por otra (1.469).

El art. 1.702 del Código francés usa la palabra *se dan*, pero vale mas, segun observa Rogron, decir como en la compraventa, se obligan á dar, porque el cambio se opera por el solo consentimiento.

No seguimos al comentador G. Lopez en las escursiones que hace sobre la inteligencia de la cláusula, *tal vuestra cosa*, por haber dicho antes que el rasgo característico de la permuta y el que la distingue de la venta, es el cambio de dos cosas: se permuta una cosa por otra: se vende una cosa por precio cierto y en dinero: sobre lo cual recomendamos la ley 1.ª, tít. I, lib. XVIII, Digesto.

La permuta puede celebrarse de tres maneras, pero la division esencial es en simple y estimatoria: *prima, ut neutra res æstimetur certumve ei statuatur pretium: secunda ut utrisque pretii ineatur ratio* (Heinec. *Jur. nat. et g.*, lib. I, cap. XIII, § 338).

La primera, segun dicho autor, es en cierta manera semejante á una donacion recíproca, por lo que ni necesita la igualdad ni autoriza á los contrayentes para quejarse de lesion: *nisi alterius vis, vel dolus accesserit* (§ 339).

Por el contrario, la estimatoria: *quum in ea utriusque pretii ratio ineatur,* requiere la igualdad y puede dar lugar á la rescision por lesion (§ 340).

La permuta cuando á ella se agrega un sobre-precio para compensar el valor de las cosas cambiadas participa de la naturaleza de venta. Los jurisconsultos han procurado inferir por sus elementos el nombre de un acto de esta especie. Si el sobreprecio, han dicho, escede ó iguala al valor de la cosa permutada, será venta y el cambio un accesorio; si el precio fuere inferior á la cosa, el cambio será lo principal, lo accesorio la cantidad que se haya pagado encima. La solucion no puede ser mas justa; pero es preferible consultar para cada caso la intencion de las partes y el nombre que hubieren dado al contrato.

### Artículo 3.°

*Requisitos de este contrato: exámen de sus efectos jurídicos.*

Ley 2.ª—[1]*Cambios pueden facer todos los omes que pueden comprar é vender. E decimos que aquellos que non pueden facer compra nin vendida non pueden cambiar.* [2]*Otrosí todas las cosas que se pueden comprar é vender se pueden cambiar, é las que non se pueden vender nin comprar, non se pueden cambiar.* [3]*Fueras las cosas espirituales que maguer non se pueden vender, puédense cambiar, así como una iglesia por otra, una dignidad por otra, los diezmos de una iglesia por los de otra.* [4]*Pero el cambio destas cosas é otras semejantes débese facer con otorgamiento del Perlado que oviese jurisdiccion sobre aquel lugar, á do fueren las cosas que quisieren cambiar, ca si de otra guisa lo ficiesen non valdria, segun es dicho en la 1.ª Partida en las leyes que fablan desta razon.*

Pueden cambiar los mismos que tienen capacidad para vender; son objeto de cambio las mismas cosas que lo son de venta y algunas más, pues las cosas espirituales que no se pueden vender se pueden cambiar haciéndolo con aprobacion del Prelado.

Siendo tan íntima la conexion de este contrato con el de compra-venta, es natural que siga su ejemplo al determinar la capacidad de los contrayentes.

Respecto á las cosas que pueden ser objeto de permuta, dice

tambien la ley 4.ª, tít. y lib. citados del Fuero real: *Maguer que toda cosa se puede vender é se puede cambiar, pero son muchas cosas que se no pueden cambiar, así como calice sagrado ó vestimenta sagrada ó las otras cosas espirituales que puede una iglesia cambiar con otra: é maguer una iglesia puede cambiar con otra cosa espiritual, no puede facer cambio del espiritual con el temporal, ni con la iglesia, ni con otro, como de calice ó otra cosa sagrada por caballo, mula ó cosa terrenal.*

La siguiente ley 5.ª faculta al rey para cambiar con la iglesia alguna cosa, aunque sea terrena por caso de necesidad, mas no en provecho de un tercero.

Pueden consultarse asímismo la 63, tít. V, Part. 1.ª, al fin; y la 2.ª, tít. XXI, lib. I, Nov. Recop., pero todo cuanto pertenece á la materia es propio de los sagrados cánones.

Ley 3.ª—[1]*Tal fuerza ha el cambio hecho por palabras é con prometimiento de lo cumplir, que si despues alguna de las partes se quisiere arrepentir, la otra que lo quiere tener por firme puede pedir al juez que lo cumpla ó que pague daños é menoscabos. Si el cambio fué fecho tan solamente por palabras..... bien se puede arrepentir cualquiera de las partes é non seria tenudo de cumplirlo.....*

Aunque sin hacer esta distincion la ley 2.ª, del tít. F. R. reconoce igualmente que la permuta se anula por voluntad de ambos contrayentes: *é si el uno de ellos no quisiese estar en ello, el cambio sea desfecho sin pena, si no fuere en el pleito puesta, ó al otro vino algun daño por razon del cambio.*

La eficacia de la permuta nacia de la estipulacion ó se fundaba en la entrega; pero derogado este supuesto por la ley recopilada, que declara válida toda obligacion de cualquier modo que se celebre; *dicendum est quod in quantum lex loquitur de pœnitencia libera in quolibet ex permutantibus, non procederet hodie, stante dicta lege regni quæ vult dari actionem ex pacto nudo* (Glos. 4.ª).

.....[2]*Si por aventura el cambio fuese ya comenzado á cumplir por fecho de alguna de las partes, dando ó entregando la cosa que prometiera de cambiar, é la otra parte, despues desto non quisiese dar lo que prometiera, es en escogencia de aquel*

*que lo cumplió, de cobrar lo que dió ó de demandar al otro los daños é menoscabos que le vinieron por esta razon. Estos menoscabos se deben juzgar é pechar por jura de aquel que los debe rescibir, estimándolos primeramente el juzgador.*

El derecho romano en repetidos testos concede eleccion al permutante que entregó la cosa para exigir del otro que no quiso entregarla ó el pago de intereses ó la readquisicion: *sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud, de quo convenit accipere, vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta* (Ley 5.ª, tít. V, libro XIX, Dig.).

Los menoscabos se regulan por juramento del que los ha de recibir, segun regla establecida en derecho para los contratos innominados: *in contractibus innominatis juretur in litem.*

La permuta de bienes raices ha de verificarse por medio de escritura pública, de la cual ha de tomarse razon en el registro.

En cuanto al impuesto rigen los mismos tipos señalados para la venta. Si las fincas son urbanas ó siendo rústicas se hallan situadas en distintos términos jurisdiccionales y en ambos casos tienen el mismo valor, el 3 por 100 le pagarán por mitad cada una de las partes contratantes (R. D. 23 Mayo 1845). Si las fincas son rústicas, están enclavadas dentro del término jurisdiccional ó sea municipal de un mismo pueblo, y tienen igual valor, no pagarán ningun derecho. Ley de Presupuesto del año 1864 á 1865. Pero si fueren de valor distinto, se cobrará el 3 por 100 sobre las diferencias que resulten abonables en valores ó efectos á una de las partes permutantes (Id. de 1867 á 68).

RESOLUCION DE ESTE CONTRATO. Ley 4.ª—[1]*Cambiando un ome alguna cosa suya con otro, así como bestia, debe decir las tachas é las maldades que son en aquella cosa que cambia, á aquel con quien face el cambio. E si lo encubriere á sabiendas puedese desfacer el cambio por esta razon fasta aquel plazo, é*

*en aquella manera que dijimos de suso de las cosas que asi fuesen vendidas.* [1]*Otrosí, se puede desfacer el cambio por todas aquellas razones porque se pueden desfacer las vendidas. E aun decimos que los que cambian son tenudos de facer sano el uno al otro la cosa que con el cambia.*

El permutante tiene obligacion de descubrir los defectos y vicios de la cosa que permuta.

La ocultacion maliciosa da motivo para deshacer el cambio. Equiparado este contrato al de venta, otórgale la ley los mismos remedios..... *sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri* (Ley XIX, tít. I, lib. XXI, Dig.).

Tambien tiene lugar la eviccion y el saneamiento, cuya accion abarca uno de los dos estremos, ó recuperar lo perdido, ó reclamar la indemnizacion de daños y perjuicios.

Celebrado bajo esta condicion no puede alegarse que se infrinja la ley del contrato por exigir su cumplimiento (S. 30 Enero 1864).

El Proyecto de Código adopta esta solucion del derecho romano *quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis* (Ley 1.ª, tít. LXIV, lib. IV, Cód.).

Verdad es que para evitar las complicaciones de la trasmision, el Proyecto limita la eleccion al caso en que la cosa subsista en poder del permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella, á título oneroso por un tercero.

Dos veces se refiere esta ley á las anteriores sobre compra y venta, y en efecto es tanta la afinidad entre la venta y la permuta que todo lo que se ha dicho de aquella sobre las obligaciones que nacen de la buena fé, que debe reinar en tal contrato ó de las cláusulas especiales acerca de la cabida y calidad de las cosas vendidas, su entrega, saneamiento, pérdida ó cambios sobrevenidos en las mismas, es enteramente aplicable al contrato de permuta: *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque esse præstandum (servum) qui ex causa daretur* (Ley 2.ª, tít. IV, lib. XIX).

# SECCION II.

## DEL ARRENDAMIENTO.

Vamos á hablar del arrendamiento, contrato fundado sobre la necesidad en que están los hombres de prestarse el uso de sus cosas y de sus industrias; contrato indispensable como que por él adquieren la mayor parte un asilo para su familia, un depósito para su fortuna mobiliaria, un domicilio fijo para ellos mismos: por él se establecen talleres de agricultura, industria y comercio; por él, en fin, la clase laboriosa atrae á sí el supérfluo de la clase opulenta, dándole temporalmente en alquiler sus servicios y sus cuidados.

Es difícil determinar su prioridad respecto á los demás contratos: lo que no admite duda es su mucha antigüedad; 62 fragmentos del tít. II, lib. XIX, Dig., y 35 leyes, tít. LXV, lib. IV del Código, sin contar disposiciones especiales, prueban el uso que de él hicieron los romanos.

El Fuero-Juzgo no tiene título especial, pero las leyes 11 á la 15, tít. I del lib. X, el cual comprende lo que podria llamarse el derecho rural, bastan para persuadir que tampoco fué desconocido, siendo verosímil que le sirviera de complemento la práctica y todavía mas la compra-venta con el que tiene gran afinidad.

La fórmula visigótica 36, es una escritura de arrendamiento en la que el colono se obliga á pagar el diezmo, segun costumbre, y autoriza al dueño á espelerle, si falta á lo que se obliga..... *liberam habeas potestatem de supradictas terras foris expellere, et jure vestro, ut debentur, iterum aplicare.*

El Fuero Viejo de Castilla dedica cinco leyes del tít. III, libro IV, á hablar del arrendamiento.

No hay que pedir antecedentes al régimen feudal. En los documentos antiguos que hemos consultado, y han sido varios, tienen el nombre de arrendamiento, actos que participan del contrato de venta, y algunos hasta de mútuo. El arrendamien-

to, dice Troplong, ama el sol de la civilizacion, y se desarrolla y agranda bajo su influencia, mientras que la noche de los tiempos bárbaros le empequeñece. Descendiendo al grado mas bajo de la civilizacion, apenas se le ve jugar ningun papel en la vida civil. Sobre todo tratándose del arrendamiento de predios rústicos esta reflexion es tan exacta, que la historia del colonato por su influencia en el estado de las personas, es la historia de la personalidad humana, el sello mas perfecto del progreso social.

El Fuero Real trata en 9 leyes del tít. XVII, lib. III, de las «cosas alogadas.»

El Código de Partidas, como era de esperar, desarrolló y sistematizó la doctrina, sin que llegue no obstante á constituir el derecho vigente, pues leyes y disposiciones posteriores, por ejemplo, alguna ley de la Nov. Recop., el Decreto de Córtes de 1813, restablecido en 1836, y la ley de 1842 le han perfeccionado.

## § I.

### *Definicion del arrendamiento: acepcion de voces.*

Tít. VIII, Part. V.—*Alogar é arrendar, son dos maneras de pleitos que usan los omes de so uno: é como quier que algunos cuidan que son de una manera, pero ha departimiento entre ellos.*

Aunque el arrendamiento representa siempre la misma idea, recibe diversos nombres en derecho, é importa conocer su sentido para hablar con propiedad el lenguaje técnico.

Ley 1.ª—[1]*Aloguero es propiamente, cuando un ome loga á otro obras que ha de hacer con su persona ó con su bestia; ó otorgar poder de usar de su cosa, ó de servirse de ella, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa rescibiese que non fuesen dineros contados, non seria loguero, mas seria contrato innominato.* [2]*Arrendamiento, segun el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, ó almoxari-*

*fadgo, ó alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella. 'E aun ha otra manera á que dicen en latin afletamiento, que pertenesce tan solamente á los logueros de los navios.*

Dos declaraciones son de apreciar en la ley: la naturaleza de este contrato y sus varias especies: es decir, que al hablar del arrendamiento debemos presentar, como dirian los lógicos, la definicion de cosa y la definicion de nombre.

Es el arrendamiento un contrato consensual, por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa, ó á prestarle un servicio personal por precio determinado (Proy. de Cód., art. 1.473).

La Instituta le llama próximo á la compra-venta, declarándole sujeto á las mismas reglas de derecho: *proximus emptioni e venditioni iisdemque regulis juris consistit*. Y así es en efecto, pues como dice la ley, necesita precio, el cual ha de consistir en dinero, porque si otra cosa se diera que no fuese dinero contado, no seria arrendamiento, sino un contrato innominado. Se diferencia de la venta en que no trasmite la propiedad, sino el uso de una cosa, por lo que algun código (el austriaco) es oportuno en considerar el arrendamiento como venta de uso.

La variedad de los nombres proviene de la que ofrece el uso mismo de las cosas. Aloguero, adulteracion de la antigua palabra *locatio*, significa dos cosas: el servicio que uno se compromete á prestar á otro con su persona ó sus bestias, y el uso de una cosa cualquiera: el arrendamiento denota el uso de una heredad ó de otra cosa por cierta renta, *id est ad reditum dare*: el fletamiento, voz peculiar del comercio, significa el aprovechamiento de los navíos.

Su division fundamental es la de arrendamiento de cosas ó de personas; será lo primero, si uno se obliga á ceder á otro el uso de una cosa por cierto tiempo y mediante un precio determinado: será lo segundo, si se compromete á prestarle tambien para cierto tiempo y mediante cierta retribucion un servicio personal.

El uno, el de cosas, comprende el de prédios rústicos y urbanos, cosas muebles semovientes y naves. El otro, el de servicios, comprende el de los artistas ó artesanos, maestros de

obras, porteadores, posaderos, dueños de establecimientos públicos y sirvientes.

El tecnicismo romano es de una sencillez admirable; sus dos palabras *locatio*, *conductio*, locador, conductor, representan el acto de dar y recibir en arriendo y el nombre de las dos partes contratantes: son digámoslo así, la síntesis del contrato, y dan nombre á su accion; la cantidad en que se estima el uso, y el provecho de la cosa, se llama precio, paga ó merced.

El nuestro no tiene tanta precision: arrendar es palabra equívoca que conviene tanto al que concede como al que recibe el arrendamiento y lo mismo sucede con arrendador, pues algunos autores dan este nombre al dueño de las cosas, mientras que las leyes 21 y 24 le aplican al que toma en arriendo.

Tenemos, pues, necesidad de acudir al uso, en cuyo albedrío, como dijo el poeta, están *et jus et norma loquendi*.

Bajo su autoridad reconocemos como buena y exacta la siguiente nomenclatura.

Arrendador es el que da en arriendo una cosa: arrendatario el que la recibe: el de prédios rústicos se llama colono: y si se estipula como condicion del arriendo que perciba una parte de los frutos colono, aparcero ó mediero.

Si el arriendamiento es de casas ó cosas muebles ó semovientes toma el contrato el nombre de alquiler: dueño el que cede su uso, inquilino el que las aprovecha, é inquilinato ó alquiler el precio.

Si fuere de rentas del Estado ó de propios y arbitrios de los pueblos ó de suministros de víveres al ejército ó armada, y tambien de obras públicas, se llama asiento ó empresa al contrato; y empresario, asentista ó provisionista al que toma á su cargo cobrar las rentas, dar los suministros ó construir las obras.

En las obras de particulares, si el servicio se presta por dias, al operario se da el nombre de jornalero y jornal á la recompensa de su trabajo. Si se presta sin intervalo, el contrato se llama ajuste; el que obliga sus servicios sirviente ó criado; salario ó soldada á la paga que recibe, y la persona á quien sirve amo, señor ó dueño.

Para espresar toda otra clase de conciertos, el nombre mas comun es el de ajuste ó concierto, y la recompensa precio, como no se trate de las artes liberales, en las cuales cada profesion lleva su título, y por honor á la clase se da el nombre de honorario á la retribucion con que se recompensan sus oficios.

## § II.

### *Requisitos esenciales á este contrato.*

#### PERSONA.

#### ARTÍCULO ÚNICO.

*Quiénes pueden arrendar: estension de su compromiso.*

Ley 2.ª—[1]*Arrendar, é alogar puede todo ome que ha poder de comprar, é de vender..... [2]Pero los caballeros, é los oficiales de la corte del rey, non deben ser arrendadores de campos, nin de heredamientos agenos; porque por tal razon se podria embargar lo que han á facer en servicio del rey. [3]Puede ser fecho el loguero, ó el arrendamiento, en aquella manera que se pueden facer las vendidas, é las compras, con placer é otorgamiento de ambas las partes; é á cierto tiempo, ó para en su vida del que recibe la cosa á loguero, ó del que la loga. [4]E si por aventura logase uno á otro casa, ó otra cosa á tiempo cierto é se muriese el que la avia alogada, ante que el tiempo se cumpliese, su heredero debe servirse, é aprovechar de la cosa logada, fasta que se cumpla el tiempo; é es tenudo de pagar por ella lo que debia dar el finado que la avia logado. [5]Otrosi si se muriese el señor de la cosa logada, el heredero es tenudo de guardar el pleito, segun lo puso el finado, é debelo aver por firme. [6]Otrosi todos los pleitos que pusieren entre si los omes sobre arrendamientos, é los alogamientos deben valer, é ser guardados: fueras los que fuesen puestos contra las leyes de nuestro libro ó contra buenas costumbres.*

Ley 7.ª, lib. y tít. citados del F. R.—*Todo ome pueda ar-*

*rendar sus cosas á plazo ó para siempre, y si el que lo tuviere ó el que las diere, murieren ante del plazo, sus herederos sean tenudos de lo cumplir, é vale el pleito asi como fuere puesto.*

Sumario. Pueden arrendar todos los que tienen capacidad para comprar y vender. A los caballeros y oficiales de la Corte del rey les está prohibido, porque no se distraigan de su oficio: se puede hacer el arrendamiento por voluntad de las partes por cierto tiempo ó por vida del arrendatario: en el primer caso, si muriese el último antes de acabar el plazo, el heredero continúa el arriendo hasta que concluya: si muriese el señor, el heredero de este contrae la misma obligacion de respetar el arriendo: son válidos todos los pactos como no se opongan á la ley ó á las buenas costumbres.

Establecida cierta paridad entre este contrato y la compraventa, declara esta ley que puede arrendar el que puede comprar y vender; sin embargo, el precepto es mas general; todos los que tienen capacidad para obligarse pueden dar y tomar en arriendo. Se hallan en este caso: el dueño y aun el que solo tenga á su favor la presuncion de serlo; de suerte que el estar en posesion de una cosa y percibir sus frutos, es título bastante para celebrar este contrato, y si no cumple el arrendatario las condiciones estipuladas ó deja de pagar la renta, para proceder legalmente el desahucio (S. 27 Noviembre 1867); el administrador, gerente y liquidador de los bienes, sin restriccion alguna y bajo las condiciones que estimen convenientes, no obstante el principio consignado en esta ley, en cuya virtud solo pueden arrendar los que tienen aptitud para comprar y vender, pues en las facultades concedidas para administrar se entienden comunmente comprendidas las de celebrar este contrato.

El usufructuario usa de la misma facultad, si bien con las condiciones inherentes á su derecho. Igualmente el tutor y curador respecto á los bienes que administra, no procediendo con fraude. Las prohibiciones reconocen por causa un privilegio: así es que muchas de las que establecia el antiguo derecho ya no existen. Pondremos algun ejemplo.

La de los militares y oficiales de la Corte del rey toma por modelo la ley 31, tít. LXV, lib. IV, Cód., solo digna de recuerdo bajo el punto de vista de los deberes militares: *Milites nostros alienarum rerum conductores, vel mandatores prohibemus, ne omisso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, et vicinis graves præsumptione cinguli militaris existant. Armis autem, non privatis negotiis occupentur: ut numeris, et signis suis jugiter inhærentes rempublicam, à qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant.*

Pero bastando el rigor de la Ordenanza para impedir que las personas de esta clase se distraigan del cumplimiento de sus deberes, aunque celebren este contrato, opinamos lo mismo que los Sres. Laserna y Montalban, que podrian arrendar tierras y campos, haciéndolos cultivar por dependientes ó criados.

El Fuero Real señala otra prohibicion por la ley 3.ª, título XVII, lib. III, en la que declara que *alcalde ni otro ome no sea osado de arrendar ni logar cosa que sea de concejo; mas cuando tal cosa fuere de hacer que se ayunte el concejo é le arriende.....*

Pero las facultades de los alcaldes, como gerentes de la fortuna municipal ó administradores del patrimonio de los pueblos, son del resorte del derecho administrativo.

La ley 1.ª, tít. X, lib. X de la Nov. Recop., prohibe á los clérigos y personas eclesiásticas arrendar las rentas reales, á no ser que dieren buenos fiadores, legos, cuantiosos y abonados: si los arrendadores ó recaudadores se las arrendasen, les condena á pagar todo lo que restasen á deber de dichas rentas, y encarga á los prelados que lo prohiban bajo ciertas penas.

La 2.ª del mismo título estiende esta prohibicion á los prelados, caballeros, comendadores de órdenes, alcaides de fortalezas, regidor, jurado, escribano de concejo, de las rentas ó su lugar-teniente, y á personas poderosas, declarando que aquel es persona poderosa, que es tan poderosa ó mas que cualquier de los alcaldes ó regidores de la ciudad, villa ó lugar, que es la cabeza del lugar donde se toma la renta.

Ha de concurrir el consentimiento con las cualidades exigidas para los demás contratos; pero ese consentimiento puede

ser espreso y tácito, entendiéndose por el primero el que los contrayentes celebran de palabra ó por escrito, y tácito el que se deduce de la continuacion en el arriendo, despues de pasado el término estipulado, sin avisarse mútuamente, el cual es conocido con el nombre de tácita reconduccion. El contrato empieza á producir todos sus efectos civiles, siempre que conste el placer é otorgamiento de las partes (S. 11 Octubre 1866).

La duracion de este contrato puede ser á voluntad de los contrayentes, á cierto tiempo ó por toda la vida. El artículo 1709 del Código francés, tomando de Pothier la definicion del arriendo, exige que haya de hacerse para tiempo cierto ó determinado. La perpetuidad, dice Troplong, repugna á nuestras ideas: es incompatible con los principios de libertad que las leyes modernas han establecido así para las cosas como para las personas.

El derecho romano, menos susceptible, admitia los arriendos á perpetuidad, y no creia que la esencia del arrendamiento repugnase á su duracion perpétua.

La ley 4.ª, tít. II, lib. XIX, Dig.: *Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset, dedissetve vellet, morte ejus qui locavit, tollitur*. El tiempo ordinario de los arriendos era de un lustro *in quinquenium:* entre nosotros varía. Los de por vida, aunque parecen otra especie de aprovechamiento, no por eso dejan de ser verdaderos arriendos (S. 29 Enero 1866).—Este contrato no crea en provecho del arrendatario una de esas desmembraciones de la cosa que, como el usufructo, el uso ó la servidumbre empobrecen al propietario y disminuyen una parte importante de su dominio. Al contrario, le da medio de sacar partido de un inmueble, conservando su sustancia; es una manera de ponerle con él en relacion y retirar sus frutos.

El arrendamiento no espira por muerte de los contrayentes, sino que es trasmisible á los herederos como sucede en los demás contratos: *Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere hæredes conductoris existimans* (Ley 10, Cód. de *Loc. et cond.*). Si le hubiese hecho una persona constituida en dignidad ó que desempeñase algun cargo, subsistiria durante su ejercicio y aun des-

pues de su muerte. Así sucede cuando se arrienda una cosa, cuyos frutos ó réditos corresponden á una iglesia, un pueblo ú otra corporacion. La razon consiste en que esta clase de arrendamientos fueron hechos, no en nombre propio, sino en el de la administracion; y sabido es que semejantes actos no fenecen con la persona; pero si los réditos de la cosa arrendada hubiesen sido destinados para el uso y subsistencia del arrendador, por mas que se les conceptúe propios de la dignidad ó del cargo, acabará el arrendamiento, pues fué celebrado en nombre propio y sobre cosas, acerca de las cuales no pudo contratar el arrendador sino para durante su vida.

Si el marido arrendó alguna cosa dotal, disuelto el matrimonio, la mujer ó su heredero debe cumplir el contrato, y á su vez puede compeler al arrendatario á que lo cumpla: bien es verdad, dice Gomez, que no está obligada la mujer ó su heredero por el contrato precisamente, sino *causative*; pues no queriendo aprobarlo ó confirmarlo, el conductor podrá pedir al marido todo el interés, y por tanto la mujer ó su heredero no puede ocupar la cosa locada hasta ofrecer al marido ó sus herederos caucion de indemnidad, advirtiendo que estos no necesitan pedirla, por cuanto la mujer ó su heredero queda obligado *ipso jure*, si no quiere pasar por el contrato del mismo modo que si diere caucion. Si arrienda los bienes parafernales, cuya administracion se le encarga tácitamente por la ley, la mujer ha de pasar precisamente por el contrato (*Var. Res.*, tom. II, capítulo III, núm. 8).

Los contrayentes pueden modificar este contrato como el de venta, y la ley dice que los pactos sean válidos y obligatorios no siendo contra las leyes y las buenas costumbres: *sicut emptio, ita et locatio, sub conditione fieri potest* (Ley 20, tít. II, lib. XIX, Dig.).

Las leyes relativas á este contrato, á la vez que determinan los respectivos derechos y obligaciones de los contrayentes no se oponen á que éstos los modifiquen y alteren por medio de pactos lícitos y honestos, los cuales son en tal caso ley para los mismos otorgantes (S. 8 febrero 1861).

## COSAS.

### Artículo único.

*Cuáles se pueden arrendar y cuáles no.*

Ley 3.ª— *Obras que ome faga con sus manos, ó bestias, ó navios para traer mercadurías, ó para aprovecharse del uso de ellas, é todas las otras cosas que ome suele alogar, pueden ser alogadas ó arrendadas.* [2]*Otrosí el usufructo de heredad, viña, ó cosa semejante puede ome arrendar, prometiendo de dar cada año cierto precio por ella.* [3]*Pero si aquel que arrienda el usufructo se muriese, non debe pasar el derecho de usar de tal arrendamiento al heredero del que lo habia arrendado; ante se torna al señor de la cosa: ca el arrendamiento de tal usufructo es de tal manera que se acaba en la muerte del que lo tenia arrendado. Si el que tenia la cosa arrendada oviese pagado todo el precio ó parte del, por aquel año en que se finó, é non oviese el usufructo tomado, tenudo es el señor de la cosa de tornar al heredero del finado aquello que oviese recibido del, por este año en que se finó, ó dejarle el esquilmo del usufructo de aquel año.*

Todas las cosas que están en el comercio de los hombres pueden ser arrendadas: *Quælibet res in commercio hominum existens potest locari vel conduci*, y no solo las cosas, sino los servicios materiales, las obras, el trabajo ó industria de la persona.

Son tambien arrendables las cosas incorporales, como el usufructo de heredad, viña ú otra cosa semejante, de modo que son susceptibles de arriendo el derecho de caza y pesca, el cobro de los impuestos y rentas del Estado, el de los que se refieren á los concejos y municipalidades, como el de los arbitrios y el de los que se abonan por portazgos y pontazgos, etc.

Y si bien, como se ha dicho, por regla general el arrendamiento se trasmite al heredero, tiene de particular el usufructo que muerto el usufructuario, concluye pasando al señor de la cosa; pues este arrendamiento es de tal naturaleza que acaba con la muerte del que lo tenia arrendado. Pero si tenia satisfe-

cho en todo ó en parte el arrendamiento de aquel año, y no habia percibido el fruto, está obligado el dueño á restituir á su heredero lo que su causante le anticipó, ó permitirle que recoja los frutos.

No es indispensable designar de una manera esplícita al tiempo del arrendamiento ó alquiler la cosa sobre que recae el contrato. Yo puedo alquilar un caballo para hacer un viaje sin decir cuál ha de ser, y con tal que el dueño me facilite uno que se halle en estado de hacer este servicio, habrá cumplido su obligacion: mas si le hubiese designado, ni él me podria prestar, ni yo le podria pedir otro distinto.

No son arrendables las cosas fungibles. No pueden ser materia del arriendo estas cosas por la misma razon que no pueden serlo del comodato: en uno ó otro ha de restituirse la cosa recibida, y esto no es posible en las que no podemos usar sin consumirlas.

Los autores, sin embargo, esceptúan el caso en que se entregaran por lujo ó por ostentacion: *ad ostentationem tantum*. Se me ha referido, dice Troplong, el ejemplo de un avaro comprometido á dar una comida el dia que casó á su hija, y que alquiló un plato esquisito, el cual hizo colocar sobre la mesa con prohibicion á los criados de aplicarle el cuchillo destructor. Los convidados disfrutaron de su vista, tal vez les pasó gana de hincarle el diente, pero el plato volvió sano á casa del fondista. Se necesitan caractéres tan originales y casos tan raros para concebir el arrendamiento de cosas fungibles.

Tampoco lo es el derecho de servidumbre: *locare servitutem nemo potest* (Ley 44, Dig. de *Loc.*). Pero el sentido de esta ley es que no puede ser arrendada sin el predio á que va unida, porque no se concibe su disfrute.

Ni el derecho de uso de una casa ó heredad, porque esta servidumbre se limita á lo que una persona necesita para sí: en lo cual se diferencia del usufructo de una casa ó de la habitacion, cuyo derecho, como es mas ámplio, lo permite. Mas cuando se habla de arrendamiento de usufructo, debe entenderse no del derecho, sino de la heredad sobre que recae.

De la misma manera que puede venderse la cosa ajena, se puede arrendar la cosa de otro, no solo aquella sobre la que se tiene algun derecho, sino tambien en la que no se tiene ninguno: el contrato es válido, no en el sentido de que se trasfiera al locatario un derecho que no se tiene, sino en cuanto el arrendador se obliga por el contrato á garantizarle en el caso de que se le perturbe el disfrute de la cosa.

En sentido inverso, por igual razon que nadie compra su propia cosa, *suæ rei emptio non valet* (Ley 16, Dig. de *Cont. empt.*), nadie puede tampoco tomarla en arriendo: *Rei suæ conductio nulla est* (Ley 15, Dig. de *Depo.*). Lo que debe entenderse de las cosas poseidas en plena propiedad, pues el que está privado por ejemplo del usufructo, puede tomarle en arriendo del que le tiene.

Finalmente, no son arrendables los oficios públicos que espresan las leyes 4.ª y siguientes, tít. VI, lib. VII, Nov. Recop., como son los de juez, alguacil, alcaide, etc., pero lo son los oficios enajenados de la corona, los cuales pueden hasta cederse ó renunciarse teniendo los arrendatarios ó cesionarios los requisitos de la ley, salvo lo dispuesto sobre reversion de los de la fé pública en la ley de 18 de Junio de 1870 y sus referencias.

Esta prohibicion alcanza en general á las cosas de derecho público, por lo que no pueden ser arrendados los caminos, las calles, las plazas que están destinadas al uso general.

## PRECIO.

### ARTÍCULO ÚNICO.

#### *Naturaleza y condiciones del precio.*

*Alaguero es propiamente, cuando un ome loga á otro obras... por cierto precio que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa rescibiese que non fuesen dineros non seria loguero, mas contrato innominado* (dicha ley 1.ª).

Se entiende por precio la retribucion, paga ó merced que se da por el uso de una cosa ó por el servicio que otro presta. Ha de intervenir precio en el arriendo; pues de otro modo de-

generaria en comodato, en el que tambien se presta el uso de una cosa, pero es gratuitamente; y debe consistir en dinero porque si no, como dice la ley, seria contrato innominado.

No se opone á esto el pacto que se haya de pagar en frutos, siempre que antes se fije la cantidad que corresponda por aquel concepto, como si habiéndose fijado en dos pesos la fanega de trigo, se entregara luego esta cantidad en grano al precio que tuviera en el mercado, ó cuando por un cálculo aproximado al que tenga en dicha época se señalara una medida determinada.

El derecho romano reconoció que el precio podia consistir en frutos: *si olei certa ponderatione fructus anni locasti* (Ley 21, Cód. de *Loc.*). Verdad es que sobre la inteligencia de este precepto discordaron los intérpretes; pero despues de largas disputas, convinieron en que la frase debia entenderse en su sentido literal. Cujas dice: confieso que el precio en la compra-venta debe consistir en dinero: *at in locatione dico etiam in alia quantitate consistere posse, veluti mensurat aut pondere, ac proinde cum colono partiario contrahi locationem et conductionem, si contrahendæ locationis animus fuerit ac presertim si de certa fructuum quantitate veluti modiis, vel amphoris tot, quotannis inferendis convenerit.*

Cuando por llevar unas tierras se paga anualmente cierta cantidad de frutos queda demostrado que el pagador las lleva en concepto de arrendatario, y por tanto que puede ser desahuciado (S. 14 Febrero 1862).

---

La aparcería ó colonato parciario tiene conexiones íntimas con el arrendamiento, aunque participa algo del contrato de sociedad. Por dicho sistema el propietario pone en comun las tierras y el mediero pone su industria y sus trabajos. Es indudable que los romanos conocieron esta forma de cultivo, pues en algunas de sus leyes se encuentra usada la palabra *colonum partiarum*.

Los grandes intérpretes de derecho han discutido buscando la filiacion de este contrato: algunos le han negado el carácter de arrendamiento, considerándole como una forma de sociedad;

otros han creido mas acertado colocarle entre los contratos innominados. Por ahorrar tiempo, sobre no ser la cuestion muy esencial, no trascribimos sus autoridades.

Los modernos jurisconsultos, aunque reconociendo que tiene algo de locacion de obra, propenden á mirarle como contrato de sociedad. Pero le faltan muchas de las condiciones indispensables á este contrato.

El colonato parciario, dice Paccioni, se asemeja á la locacion y debe arreglarse segun su naturaleza: si es sociedad está velada bajo la forma de arrendamiento, y este es el carácter que prevalece en él (De *Loc. Cond.*, cap. V, números 22, 23 y 24).

Así á lo menos se entiende en las provincias de España, donde es mas frecuente este género de cultivo; la escritura se redacta como si fuere verdadero arrendamiento, sin otra diferencia que la de espresar que se paga en lugar de un precio convenido, tanta parte de los productos de la cosa.

El Código de Partidas presenta un ejemplo de este contrato en las siguientes palabras de la ley 79, tít. XVIII, Part. 3.ª *A medias dan los omes á labrar sus heredades..... Otrosí le prometió de le dar é de le entregar en su casa la mitad de cuantos frutos cogiere en aquella heredad.*

Segun doctrina admitida por jurisprudencia, cuando por el aprovechamiento de una finca se paga anualmente cierta porcion de los frutos que produce, se entiende que el pagador la tiene en concepto de arrendatario, y puede por lo tanto ser desahuciado de ella á no ser que justifique que disfruta la finca por otro título distinto del arrendamiento (S. 18 Octubre 1867).

## § III.

### *Efectos jurídicos nacidos de este contrato.*

#### (A) CON RELACION AL ARRENDADOR.

#### Artículo 1.°

*Obligacion de entregar la cosa.*

El arrendamiento impone al dueño obligaciones tan propias del contrato que se sobreentenderian sin necesidad de haberlas estipulado.

Es la primera la obligacion de entregar al arrendatario la cosa arrendada con las pertenencias, con los accesorios indispensables para su uso: si es una casa debe entregarla corriente de llaves, puertas ó ventanas, y si fuere un prédio urbano con los elementos necesarios ó usuales en el país para su esplotacion; *prestandi conductori frui vel uti licere.*

Esta obligacion supone la de entregar la cosa en buen estado, es decir, en estado que permita su disfrute. Y en caso de duda se presume que lo está, si el arrendatario, despues de haberla visto, entra en ella sin haberse quejado y pedir antes las necesarias reparaciones. Ulpiano, despues de espresar el detalle de ciertos accesorios que deben acompañar á la casa arrendada; añade en la ley 19, § 2.°, Dig. *Loc. Cond.*: *Dolia utique colono esse præstanda, et prælum et trapetum, instructa funibus: si minus, dominum ea instruere debere: sed et prælum vitiatum, dominum refficere debere.*

La tradicion se hace á espensas del dueño por analogía de este contrato con el de la compra y venta, en el lugar en que esté la cosa y en el tiempo convenido, ó el que sea de costumbre.

De este contrato nace, á favor del arrendatario, la accion *conducti* ó *ex conducto*, en cuya virtud puede dirigirse contra el locador ó sus herederos para que le entreguen la cosa, y en su defecto sean condenados á pagarle daños y perjuicios.

Esta accion no se limita á la entrega de la cosa, sino que tiene un fundamento igualmente legítimo para pedir sus reparaciones precisas, grandes reparaciones, no las menudas y las de simple entretenimiento.

Arrendada la cosa sucesivamente á dos personas, se da la preferencia al que hubiera entrado en posesion por el principio *in pari casu melior est conditio possidentis*, si ninguno hubiera entrado, al de fecha mas antigua, tambien por la regla; *qui prior est tempore potior est jure:* pues aunque no hay ley espresa, se aplica á este caso lo dispuesto en la 50, tít. V, Part. V, acerca de las ventas.

### Artículo 2.°

*Obligacion de asegurar su uso al arrendatario.*

Ley 21.—[1] *Tienen arrendadas los omes unos de otros heredades, ó viñas, ó huertas, ó otras cosas semejantes; é toman otrosi á loguero casas, tierras, ó otros edificios; é acaesce que reciben embargos, de guisa que non pueden usar, nin aprovecharse dellas. E decimos que si los señores destas cosas, ó otros á quien lo ellos pudiesen vedar, embargasen en alguna manera á los que las toviesen arrendadas, ó alogadas, que non pudiesen usar ni aprovecharse dellas, les deben pechar todos los daños é menoscabos. E aun debenles pechar demas desto las ganancias que pudieran haber fecho en aquellas cosas que tenian arrendadas ó alogadas, si non gelas oviesen ellos embargado.* [2] *Mas si otros estraños que non fuesen los señores, nin atales omes á quien lo ellos pudiesen vedar, les ficiesen atal embargo; si aquellos que las embargan, han alguna razon derecha por sí, porque lo facen, así como por ser señores dellas, é por tenerlas empeñadas, ó por otro derecho que ovieren sobre ellas, por que lo pudiesen facer; si aquellos que las dieron á arrendamiento ó á loguero eran sabidores desto, deben pechar á los otros todos los daños é menoscabos con las ganancias que pudieran y facer. Mas si cuando lo ellos arrendaron ó logaron, non fuesen sabidores que los otros oviesen derecho en ellas; estonce non serian tenudos de*

*lo pechar, mas de tanto, cuanto oviesen recebido dellos por razon del arrendamiento ó del loguero; é si non oviesen recebido nada, non han demanda ninguna contra ellos. Pero si aquellos que tenian las cosas arrendadas ó alogadas, oviesen fecho misiones en labrar ó enderezarlas que fuesen tales, porque valiesen mas, estonces aquellos que gelas embargaron, son tenudos de gelas dar, y pechar á bien vista del juzgador.* [3]*E lo que digimos en esta ley, se entiende, si los arrendadores habian buena fé cuando las arrendaron, cuidando que aquellos de quien las recibieron, avian derecho de las arrendar; ca si ellos habian mala fé, sabiendo que eran de otro, estonce non abrian demanda ninguna en esta razon contra aquellos de quien las tenian.*

La presente ley garantiza el aprovechamiento de las cosas arrendadas, señalando las indemnizaciones debidas al arrendatario que no puede disfrutarlas por algun impedimento. Para hacer mejor su estudio la descompondremos en los varios capítulos de que consta.

El primero dice: si al arrendatario se le impide el uso de la cosa por el mismo dueño ú otro sobre quien tenga autoridad: *veluti si erant famuli, vel servi, vel subditi locatoris* (Glosa 1.ª), tendrá éste la obligacion de satisfacer todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon, y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenia arrendadas, si las hubiese dejado disfrutar.

Esta doctrina es de Africano, presentada por cierto con precision admirable en el fragmento 33 que ha servido de orígen á nuestra ley..... *Nam et si colonus tuus fundo frui à te aut ab eo prohibetur quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei præstabis, quanti ejus interfuerit frui: in quo etiam lucrum ejus continebitur.....*

Por lucro entiende el comentador el natural, como si se digera, un beneficio, un provecho superior al precio del arriendo, pero proveniente del mismo, no el que el arrendatario pudiera procurarse empleando las utilidades en negocios ajenos: *tale lucrum non potest peti, quia dicitur interesse extra rem:* no es de ese beneficio del que habla la ley, como aparece por sus palabras: *en aquellas cosas que tenian alogadas.*

Si, pues, el dueño de una finca impide ilegalmente al arrendatario el libre uso de su aprovechamiento, privándole de las utilidades correspondientes, está obligado á indemnizarle de los daños y perjuicios: en tal caso se halla el propietario que durante el juicio de desahucio por él entablado, ocupa de propia autoridad la finca arrendada é impide al arrendatario el libre uso de su arrendamiento (S. 13 Mayo 1863).

El segundo añade; si el dueño ó el que se creyó serlo, y como tal concedió el arrendamiento, no pudiera superar el obstáculo por oponerle el que tiene derecho para hacerlo, como si fuese el verdadero dueño, ú otro que tenia la cosa empeñada, está obligado á pagar como en el caso anterior el precio y las indemnizaciones, si sabia esta circunstancia al tiempo de constituir el contrato: si lo ignoraba, solo está obligado á pagar, á devolver el precio, y si no lo recibió, entonces nada.

El testo romano continúa: *sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem, aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

Y no es la única ley de aquel derecho que apoya esta doctrina: la 15 declara: *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait..... si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse:* de cuya declaracion se vale Gregorio Lopez para considerar responsable al dueño del hecho injusto de un tercero, si le hubiese provocado: *veluti propter inimicitiam, quam habebat cum eo* (Glosa 3.ª).

Mas como seria injusto que uno se enriqueciera con perjuicio de otro, quiere la ley que el reclamante no se quede con la cosa sin abonar al arrendatario las mejoras que hubiese hecho, apreciadas á arbitrio del juez.

El tercero y último esplica, que lo anteriormente espuesto debe entenderse cuando los arrendatarios tenian buena fé en el acto del arriendo, creyendo que lo concedia quien tenia derecho sobre las cosas arrendadas; pues si la tenian mala, sabiendo que eran de otro, no tendrian demanda para reclamar contra aquellos de quienes las habian recibido.

La presente ley solo se refiere á imponer responsabilidades

á los dueños ó señores que arrendasen sus heredades, viñas, huertas ó cosas semejantes, en el caso de que ellos ú otros á quien lo pudieren vedar, embargasen en alguna manera á los que las tuvieren arrendadas, que no pudiesen usar, ni aprovecharse de ellas, ó cuando otros les ficieren tal embargo (S. 22 Abril 1865).

Sin negarse en este fallo, porque eso habria sido contra la ley, la responsabilidad que esta impone al que, habiendo arrendado una cosa, embaraza su disfrute al arrendatario; lo que declara es que la responsabilidad no debia exigirse de un comprador estraño con quien el colono nada habia tratado, sino al propietario anterior contra quien pudo y debió haberse deducido la accion personal.

Ley 25.—[1]*Logando un ome á otro algun almacen, en que metiesen olio ó otra cosa semejante, si cuando gelo logó, non le prometió de guardarle aquello que y metiese, si alguna cosa se perdiese á aquel que lo recibió á loguero, non seria tenudo el señor de pecharle por ende ninguna cosa. Fueras si le pudiese probar que por su culpa ó por engaño que le oviese fecho se perdiesen aquellas cosas. Pero si el señor del almacen oviese y puesto algun ome suyo, ó estraño por guarda de aquellas cosas; tenudo seria de levarle ante el juzgador de aquel lugar, porque le pregunten é sepan del, como acaesció aquella pérdida.* [2]*Mas si cuando le dió el almacen á loguero recibió sobre sí el señor la guarda de las cosas que y metiese, tenudo seria de pecharle todo cuanto y perdiese. Fueras si la pérdida acaesciese por alguna ocasion que aviniese por aventura, sin culpa del señor, así como por fuego ó por fuerza de ladrones ó de enemigos ó de otra cosa semejante.*

Si el dueño de un almacen le da en arriendo, sin prometer al arrendatario conservarle las cosas que en él coloca, aunque alguna se pierda, no está obligado á indemnizarle, á menos de probarle que se perdió por su culpa ó por su engaño.

Reproduce este capítulo dos disposiciones del derecho romano, simplificando una materia que en los testos parece poco definida. La ley 1.ª del Código, aunque exime al dueño de

un granero del peligro de fuerza mayor, le obliga á responder de todos los demás daños: *Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum, conductori præstare non cogitur. His cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus, illæsis horreis perierit, damnum depositarum rerum ei resarcire debet* (Ley 1.ª, Cód. de Loc.).

Pero la 60 del Digesto, que es un fragmento de Labeon, termina con el siguiente párrafo: *Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus præstare deberet, locatorem tutorum horreorum horreario præstare non debere puto; nisi si in locando aliter convenerit.*

Con ocasion de estas leyes hubo la diversidad de pareceres y de doctrina que Lopez espone en la glosa 1.ª; la nuestra no se presta á dudas, pues el resúmen, segun fórmula del comentador, es bien sencillo: *innuit ista lex, quod locatur horrei non tenetur de custodia, quando id specialiter non promisit.*

Si el dueño hubiese puesto un guarda propio ó estraño, á este corresponde esplicar en presencia del juez cómo ocurrió el siniestro. Es natural que así suceda, si al verificarse el contrato habia guarda para el almacen, ó el dueño le puso luego, consintiéndolo el arrendatario. No tiene grande importancia esta doctrina, pero una ley, la 4.ª del Código la consigna: *ex divi Antonini Pii literis certa forma est, ut domini horreorum effractorum, ejusmodi querelas deferentibus custodes exhibere necesse habeant, nec ultra periculo subjecti sunt*: la glosa y los doctores analizándola, hicieron que fuese ley.

Si al arrendar el almacen el dueño tomó sobre sí la custodia de la cosa, responde de la pérdida, como no provenga de caso fortuito, así como por fuego, fuerza de ladrones, et., etc.

Algo parecido dice la 40 Digesto: *qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiæ præstat.*

Suspendemos aquí el comentario, porque el caso no es tan grave, quizás ni tan frecuente, que ocasione las dudas y distinciones de los intérpretes.

La prueba del caso fortuito, fuerza mayor ó cosa semejante en un arrendamiento ordinario, como son todos los que se hacen sin garantía por parte del dueño, corresponde al arrendatario, porque es una escepcion con la cual se liberta de la obligacion que tiene por el contrato de devolver la cosa á su dueño

en el mismo estado en que la recibió. De lo cual se infiere que el inquilino debe responder de un incendio, mientras no se pruebe que se verificó sin culpa suya y mucho mas cuando esta se presume: *plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium.*

Ley 14.—[1]*Toneles, ó otros vasos malos, ó quebrantados, alquilando un ome á otro para y meter vino, ó olio, ó otra cosa semejante, si por culpa de aquellos vasos se perdiere, ó se empeorare, rescibiendo mal sabor aquello que y meten: si aquel que lo rescibe á loguero, non es sabidor de la maldad de los vasos cuando los logó; tenudo es el señor dellos de pechar al otro el daño é el menoscabo que rescibió por culpa dellos; maguer que el señor non fuese sabidor que eran malos ó quebrados: é esto es, porque todo ome debe saber, si es buena ó mala aquella cosa que aloga.* [2]*E decimos que logando un ome á otro montes ó prados para pasturas de ganados ó de bestias; si aquello que logó para esto ha malas yerbas que matan ó empeoran por ellas los ganados que las pacen, si el señor es sabidor desto es tenudo de lo decir paladinamente, ó de pechar al otro el daño é el menoscabo quel viniese por la maldad de aquellas yerbas. Mas si el señor non sopiese tal maldad, non seria tenudo de pecharle los daños ni los menoscabos; mas non le debe demandar el loguero, nin el otro es tenudo de gelo dar.*

El arrendamiento contiene reglas proporcionadas al uso de las cosas.

Si las que se alquilan son toneles ú otras vasijas, el dueño debe entregarlas en buen estado; de lo contrario, si las da malas ó quebradas, ignorando el arrendatario que tal defecto tienen, y se empeora ó se pierde por esta causa el líquido colocado en ellas, el dueño está obligado á pagarle daños y perjuicios, aunque ignore semejantes defectos.

Su ignorancia no es escusable, porque todo hombre debe saber si la cosa que arrienda es ó no servible: la ley y su fundamento corresponden á Ulpiano, que profesó esta opinion como consta del fragmento 19, § 1.°: *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effuxerit, tenebitur in id quod interest; nec ignorantia ejus erit excusata: et ita Cassius ait.*

Aunque la ley habla solo de toneles ó vasijas, su doctrina deberá aplicarse igualmente á los alquileres de las demás cosas muebles, cuyos vicios ó defectos no deben ocultarse al dueño.

Cuando las cosas alquiladas fueren montes ó prados para pastos, y se criaren malas yerbas que maten ó empeoren los ganados, si sabiendo el dueño esta circunstancia la callase al darlos en arriendo, estará obligado á indemnizar daños y perjuicios; mas si lo ignorase quedará exento de esta obligacion, si bien no podrá pedir el precio al arrendatario, ni éste tendrá que pagarlo.

En este caso, en que la ignorancia admite mejor escusa, el jurisconsulto sostuvo distinta opinion, lo cual es causa de la diferencia de nuestra ley..... *Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest præstabitur, si scisti: si ignorasti, pensionem non petes: et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.*

El arrendador debe, por último, pagar las contribuciones, tributos y cargas que se impusieren sobre la cosa arrendada, salvo los pactos que hubiere hecho con el arrendatario.

---

### (B) CON RELACION AL ARRENDATARIO.

#### ARTÍCULO 1.°

*Obligacion de cuidar la cosa.*

Ley 7.ª—[1]*Campos, viñas, ó otros heredamientos; arrendando un ome á otro; el que los arrendare debe ser acucioso en aliñar, é en guardar, é labrarlos, bien así como faria si fuesen suyos.* [2]*Las labores que oviere de facer en ellos, debelas facer en tales sazones, é en tal manera, que los árboles, é las otras cosas que fueren en la heredad, ó en la casa que arrendare, se mejoren por ende, é non resciban ningun empeoramiento.* [3]*E si por aventura los labrase mal ó en sazones que non debia; ó por otra su culpa, ó de los omes que les oviesen á labrar por él, se empeorase aquello que tenia arrendado; mandamos, que cuanto*

*quier que fuere fallado en verdad que se empeorase por su culpa, ó por su negligencia, lo peche todo á bien vista del juzgador del lugar, é de los omes buenos que saben de labor de tierra. *[4]*Lo mismo decimos de aquel que toviese la cosa arrendada, é oviese enemigos ó malquerientes que por la malquerencia que oviesen con el, tajasen algunos árboles ó ficiesen otro daño en la heredad.*

El arrendatario debe cuidar de la cosa que tiene arrendada como si fuese propia. Si consistiese en campos, viñas ó heredades, debe cuidarlos y cultivarlos, haciendo las labores en estacion oportuna para que los árboles y las cosas, sitas en la heredad y la casa que arrendare, en vez de empeorar, mejoren. Copia la ley la 25 del Dig., § 3.°: *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret: præterea villarum curam agere debet ut eas incorruptas habeat.*

Esta obligacion comprende la de impedir que se cometa ninguna usurpacion de terreno. El arrendatario debe advertirlo al propietario oportunamente (Cód. franc., 1768).

Si por culpa, ó por impericia del arrendatario, ó de sus obreros, el heredamiento sufriere algun daño, está obligado á pagarlo á arbitrio del juez y de los hombres buenos.

Concuerda la ley 5.ª del F. R.: *quien viñas ó otra heredad tuviere de otri á renta por un año ó mas, é pusiere labores sabidas que faga en la heredad, si las non ficiere, así como pasó, puede gelas tirar é tomar su dueño: y el que la tenia dé la renta de aquel año, é peché el menoscabo de la heredad, á bien vista de los alcaldes.*

La frase labrase mal es genérica para denotar cualquier abuso; por lo cual dice el comendador que tendria lugar si la esquilmase y cansase tanto en los años del arriendo, que no diese frutos ó muy pocos en los años siguientes, á cuya doctrina presta apoyo la ley 35, § 1.° *cum fundum.*

La oportunidad de las labores, de tal manera es precisa, que la naturaleza misma marca las épocas, por lo que Lopez cita las palabras del Eclesiastes, 3 cap., v. 1.°: *Omnia enim tempus habent, et suis spatiis transeunt universa sub sole.*

Lo mismo sucederia si el arrendatario tuviese enemigos que por malquerencia cortasen árboles ó causaran otros daños. Hace esta declaracion la citada ley, Dig. 25, § 4.º: *Culpæ autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.*

Pero esto debe entenderse con la limitacion señalada por el comentador, y que está en la mente de la ley; cuando fuese culpado el colono de no guardar la cosa con la debida diligencia, pues no parece que debe responder, si aun poniendo el mayor esmero, no pudiera evitar el daño: el que diera ó no motivo para la enemistad no debe influir sobre la indemnizacion, porque á nadie es lícito tomar venganza por su mano.

La antipatía ó mala voluntad ha de referirse al inquilino: por lo que si el daño se hubiere causado mas que por él en ódio al dueño, no le seria imputable (Glosa 6.ª).

### Artículo 2.º

*Obligacion de pagar el precio: reglas sobre su aumento ó disminucion.*

Ley 4.ª—*Pagar deben los arrendadores é alogadores el precio de las cosas que arrendaren, segun la costumbre que fuere usada en cada un logar, ó al tiempo en que se avinieren, cuando se ficiere el arrendamiento. E si non oviese costumbre usada ó non oviesen puesto ellos plazos entre sí á que pagaren, deben pagar al fin del año.*

A la obligacion del arrendador de entregar la cosa, responde la que tiene el arrendatario de entregar el precio.

Este pago se ha de satisfacer al plazo señalado y cuando no lo hubiera sido, segun costumbre del país: sobre esto no hay regla fija, aunque lo regular es que se pague en las casas por meses ó trimestres adelantados, y en las tierras á su vencimiento en los meses de Junio y Diciembre.

Cuando se haya estipulado una sola cantidad por todo el arrendamiento, debe pagarse á la espiracion de este tiempo; pero si la pension se ha distribuido por años, aunque el arrenda-

miento dure varios, debe pagarse á fin de cada uno, porque son tantos arriendos como pensiones.

Si consiste en frutos no debe pagarse antes de haberlos percibido, y cuando el inquilino se ausente por justa causa, la debe aun sin concluir el año (Glosa 1.ª).

El modo, segun hemos dicho, ha de ser en dinero, pues aun aquellos en que se hubiese pactado pagar en frutos, los labradores pueden optar entre pagar en especie ó en dinero.

La ley 7.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Recop., dice: *que el pan que se les prestare entre año para sembrar ó para otras necesidades no sean obligados á volverló en la misma especie, y cumplan con pagarlo en dinero á la tasa, si no es que al tiempo de la paga ellos de su voluntad escojan pagarlo en pan.....* Por auto acordado del Consejo de 30 de Julio de 1708, se declaró que lo mismo se ha de entender en cuanto al trigo ó cebada que debiesén pagar por arrendamiento de las tierras ó por otro cualquier título, causa ó razon.

Si se pacta que ha de hacerse la paga en pan ó vino, debe estarse á la medida de Avila para la del pan, y á la de Toledo para la del vino; de otro modo la escritura es nula, aunque intervenga juramento, y el escribano que lo autorice pierde el oficio y ha de pagar diez mil maravedís. (Ley 2.ª, tít. IX, libro IX, Nov. Recop.). El sistema métrico decimal modifica esta doctrina.

El lugar es el que hubieren convenido los contrayentes; y si nada hubiesen pactado, ó fuese dinero, será el del domicilio del arrendador ó de su apoderado, y si consistiere en granos ó frutos que es preciso portear, en el del arrendatario.

En caso de ser muchos los que tomaron en arriendo la cosa, cada uño deberá pagar su parte, á no ser que todos se hubiesen obligado *in solidum*, que entonces si se hubiera de hacer alguna reclamacion por falta de pago, cualquiera podrá ser reconvenido por el todo.

Y si se dudase, añade Gomez, si el colono habia pagado; siempre que justifique por los recibos de inquilinato haber satisfecho los tres últimos años, se presume haber pagado los an-

teriores, como el arrendador no pruebe lo contrario (*Var. res.* tom. II, núm. 13, donde cita la ley 1.ª, tít. XXII, lib. X del Código).

Ley 22.—[1]*Destruyéndose, ó perdiéndose los frutos de alguna heredad ó viña, ó otra cosa semejante que toviese arrendada un ome de otro por alguna ocasion que non fuese muy acostumbrada de avenir, asi como por avenidas de rios, por muchas lluvias, por granizo, por fuego, por hueste de los enemigos, por asonada de otros omes que los destruyesen, por sol, por viento muy caliente, por aves, por langostas ó otros gusanos, ó por alguna otra ocasion semejante que tollese todos los frutos, non es tenudo el que lo toviese arrendado de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento que hoviese prometido á dar. Ca guisada cosa es que como él pierde la simiente, é su trabajo, que pierda el señor la renta que debe haber.* [2]*Pero si acaesciese que los frutos non se perdiesen todos, é cogiere el labrador alguna partida dellos, en su escogencia sea de dar todo el arrendamiento al señor de la heredad, si se atreviere á darlo; é si non de sacar para si las despensas, é las misiones que fizo en labrar la heredad, é lo que sobrare, delo al señor de aquella cosa que tenia arrendada.* [3]*Mas si se perdiese el fruto por su culpa, asi como por labrar mal la heredad, ó por yerbas, ó por espinas que nasciesen, tantas que lo tolliesen, ó se consumiesen los frutos por sí mismos, ó por mala guarda del arrendador, estonce seria el peligro del que toviese la cosa arrendada, é seria tenudo de dar el arrendamiento en la manera que le oviese prometido de dar.*

1.° Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por caso ú ocasion que no fuere muy acostumbrada, no estaria obligado el arrendatario á dar cosa alguna del precio, pues justo es que perdiendo él la simiente y los gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber.

El arrendatario que pierde todos ó la mayor parte de los frutos por caso fortuito, está exento de pagar el precio ó puede pedir su disminucion: los frutos pendientes forman parte del fundo, y en tanto que no han sido recogidos, siguen sus condiciones por el principio de la accesion: *Fructus qui percepti*

*sunt quoniam perceptione facti sunt conductoris, ejus periculo sunt. At percipiendi quia partem fundi efficiunt quandiu in fundo sunt, tametsi jure maturi et pendentes sunt, non in alterius quam locatoris dominio esse possunt* (Favre, citado por Troplong, 151, 2.°).

Los casos fortuitos reconocen por causa un accidente de la naturaleza ó la obra de los hombres, y pueden dividirse en casos acostumbrados ó no acostumbrados, ordinarios ó estraordinarios. Los accidentes necesarios del órden de las estaciones no constituyen casos fortuitos, si no en tanto que por su intensidad ó su fuerza escesiva, salgan de la marcha acostumbrada de la naturaleza, ni la nieve ni la lluvia, *cum sunt consueta naturalem rerum cursum non prætergrediuntur: cum vero insolita sunt et inmoderata, non naturaliter accidere, sed vim divinam habere creduntur* (Averani, citado por dicho autor, pág. 323, 1.°).

Un jurisconsulto ilustre, Servio Sulpicio, hizo aplicacion de esta doctrina al arrendamiento de los fundos rústicos, como aparece del siguiente pasaje de la ley 15, § 2.°, tít. II, lib. XIX, Dig., orígen de la nuestra: *Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait, utputa fluminum, graculorum, et si quid simile acciderit: aut si incursus hostium fiat..... sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis (amissi), mercedes agri præstare cogatur: sed et si uredo fructuum oleæ corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: sed et si ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum præstari conductori, ut frui possit.*

Si el caso aunque fortuito no escediese de la prevision humana, no daria lugar á la remision de la paga, porque debe creerse que los interesados lo tuvieron presente al hacer el arriendo, y que produciria su natural efecto en los términos ó condiciones del contrato. La distincion de casos fortuitos sólitos é insólitos se funda en un principio de justicia. El contrato de arrendamiento aunque conmutativo, contiene en cierta medida algo de aleatorio: el arrendatario debe contar con años malos y medianos, así como puede esperar abundantes cosechas: estos cambios ordinarios en el curso del arriendo, han sido previstos en la fijacion del precio. Pero cuando perturba-

ciones violentas le arrebatan con notable quebranto los frutos que la naturaleza habia hecho nacer, las mieses que cubrian el suelo, entonces la base del contrato desaparece, las pérdidas han escedido la prevision de las partes, y no puede afirmarse que el arrendatario disfrute la cosa, puesto que una parte real y muy considerable ha desaparecido.

El arrendatario no tiene derecho á indemnizacion de perjuicios, si estos no han sido causados por caso fortuito ó imprevisto, ó porque el arrendador ú otra persona le haya puesto algun embargo para el libre uso de la cosa arrendada (S. 21 Octubre 1865).

2.° Cuando no se perdieron todos los frutos sino una parte de ellos, el arrendatario tiene la eleccion, ó de dar al dueño el arrendamiento, ó de darle el sobrante de los frutos, descontados gastos.

Sobre la llamada esterilidad de los prédios ha habido diversas teorías. Las leyes romanas dejaban su apreciacion al arbitrio del juez, Gayo se limita á declarar: *Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, læse fuerint fructus; alioquin, modicum damnum, æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* (Ley 25, § 6.°, Dig. de *Loc. cond.*).

No satisfechos los intérpretes con esta vaguedad procuraron fijar la cantidad del daño para considerarle intolerable. Alguno fué de dictámen que convenia referirse á la opinion local, *ex vulgare opinione*, para decidir si habia habido esterilidad ó abundancia. Otros creian que habia habido esterilidad, cuando los frutos no compensaban la semilla y los gastos de cultivo. Otros, los canonistas, tomando por punto de partida los principios relativos á la lesion enorme exigian que la pérdida superase en mas de la mitad á la cosecha ordinaria: *ut non percipiatur dimidium ejus quod consuetum est colligi annuatim ex re locata.*

La ley no opta por ninguna de estas opiniones, pues dice alguna partida de los frutos sin espresar, como otras veces hace, si ha de ser la mayor ó menor parte de ellos. El comentador opina que ha de ser menos de la mitad, porque pasando de ella, no seria esterilidad, sino exigüidad la cual no autorizaria la re-

mision de la merced; en confirmacion alega el § 5.° de la ley 15, Dig.: *Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem ejus habendam, rescripto divi Antonini continetur. Item alio rescripto ita continetur: novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.*

Aun cuando esta solucion es equitativa, como falta un principio legal á que atenerse, lo que se acostumbra es hacer una rebaja de parte de la renta, sea la tercera ó la cuarta á la prudencia del juez. Para esta liquidacion conviene tener presentes la cantidad y el valor de los frutos: los intérpretes han debatido tambien este punto, sosteniendo unos que para graduar la pérdida se tome por único tipo la cantidad, otros su valor, y algunos la que resulte combinando lo uno con lo otro; pero lo mejor es encomendar su decision á la prudencia del juez.

Covarrubias trata este punto con su profundidad acostumbrada y despues de analizar estas diversas opiniones, afirma que así ha visto terminar muchas de estas dudas en la Chancillería de Granada: *Vidi tamen non semel in hoc regio Granatensi prætorio in quæstionibus sterilitatis omissa legis regiæ forma... per definitivam sententiam remissionem fieri pensionis arbitrio judicantium pro ration etertiæ vel quartæ partis* (*prac. quæst.*, cap. 30).

3.° Si la pérdida de los frutos ocurre por culpa ó mal cultivo del labrador, tiene que pagar íntegro y sin rebaja el precio del arriendo. Sobre la materia de este capítulo, el último de la ley, podríamos remitirnos al fragmento ya citado del Digesto (el 15) que distingue perfectamente los fenómenos estraordinarios y los daños ya naturales, ya culpables. Pero no es este el único pasaje del Digesto que esplique la ley, el § 3.° del 25 dice: *conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret: præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat.* El 4.° añade: *culpæ autem ipsius ad illud admuneratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores excederit.*

Ley 23.—[1]*Perdiéndose los frutos de la cosa arrendada, por alguna ocasion que viniese por aventura, non seria tenudo de dar al señor la renta, el que la prometiera, así como de suso di-*

*gimos. [2]Pero casos y a, en que non seria asi. El primero es, si cuando se fizo el pleyto de arrendamiento, se obligó el que rescibió la cosa, que por cualquier ocasion que se perdiese el fruto, á el pertenesciese el daño. El segundo es, si rescibiese la cosa, á labrar por dos años, ó mas: ca si un año de aquellos se perdiesen los frutos, por alguna destas ocasiones que digimos en la ley ante desta; y el año ante dese, ó despues oviere cogido tantos frutos, que seyendo bien asmado, abondaria para pagar el arrendamiento, é las despensas del labrador, por ambos los años, tenudo seria de pagar el arrendamiento: é maguer el señor de la heredad le oviese quitado la renta de aquel año en que se perdiesen los frutos; si en aquel año que viniese despues dese cogiese atantos frutos, que abondase á ambos los años, segun es sobredicho, puedegelo demandar. [3]Otrosí si por aventura acaesciere, que la heredad, ó la cosa arrendada rendiere tan abondadamente un año, que pueda montar mas del doblo, de lo que solia rendir un año con otro comunalmente; estonce debe otrosi, el que la tiene arrendada, doblar el arrendamiento: si esta abundancia vino por aventura, é non por acucia del que la labrase, de mas labores que solia, ó por otras mejorias que ficiese en la cosa. Ca guisada cosa es, que como al señor pertenesce la perdida de la ocasion que viene por aventura, se le siga bien por la mejoría que acaesce en la cosa por esa misma razon.*

Despues de haber dicho en la ley anterior que el arrendatario de una cosa, cuyos frutos se han perdido por accidente fortuito, no está obligado á pagar la renta, la presente declara los casos en que por escepcion falla esta regla.

El primero tiene lugar, si al contraerse el arrendamiento se obligó el arrendatario á pagar el precio por cualquier ocasion en que el fruto se perdiese.

El derecho romano autorizó esta renuncia que, sobre ser válida por no ir contra la moral, se sostiene por el principio de que los particulares dan la ley al contrato: *si quis fundum locaverit ea lege ut si quid vi majori accidisset, hoc ei præstaretur, et pacto standum est* (Ley 9.ª, § 2.º, Dig.).

A lo cual se ha de añadir que tomar una cosa á todo riesgo

es lo mismo que renunciar á los casos fortuitos: si bien por casos fortuitos deben entenderse los frecuentes ó acostumbrados; pues si fueren de los que rara vez acontecen, no se entienden comprendidos, como no se haya hecho espresa mencion en la renuncia. Así lo enseñan los doctores poniendo este testo en armonía con otro de *contrahenda emptione*, conciliando esta ley con la 3.ª, tít. II, que dejamos esplicada (Gomez, núm. 18).

Si bien la presente ley impone al arrendatario que se obligue á los casos fortuitos el deber de satisfacer el precio íntegro del arrendamiento, aun cuando sobrevenga alguno de dichos accidentes, esto es y se entiende, segun su espíritu y su letra, cuando la pérdida ocasionada por el mismo recae sobre los frutos y no sobre la finca ó cosa arrendada (S. 8 Noviembre 1864).

El segundo caso se verifica cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cogen con tanta abundancia que bastan para pagar el precio de los dos años y los gastos que en ellos se hicieron; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo ó estéril, y aunque el locador le hubiese hecho ya remision de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante.

Aunque la autoridad añada poco á la razon de la ley, bueno será advertir que la anterior regla está tomada del lib. IV de las Respuestas de Papiniano: *Si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem: sed integram pensionem, etiam ejus anni quo remisit, exigendam* (Ley 15, § 4.°).

Parece que esto debe entenderse, como dice Gregorio Lopez, durante un solo arriendo, y que la compensacion no tendria lugar si fuesen contratos diversos. Para el caso es igual que el año abundante suceda inmediatamente ó venga interpolado.

Respecto á la estension que deba darse en la práctica á la palabra abundancia, han ocurrido las mismas dudas que ofrece la palabra esterilidad; pero la ley da una regla que acaba todas las cuestiones: si los frutos son tantos que abundan para pagar

el arrendamiento y los gastos del cultivo para ambos años.

La ley resuelve, por último, que si la heredad arrendada produjese tantos frutos en un año que pueden montar mas del doble del que solia rendir un año con otro, deberá el arrendatario doblar el arrendamiento, si la abundancia proviene de la naturaleza, mas no si fué debida á la mayor industria, á las labores ó mejoras que hizo en la cosa.

Antigua ha sido en las escuelas la controversia de si la pension ha de aumentarse en un año de fertilidad, como se ha dicho que debe disminuirse en otro que sea estéril. Gomez la resuelve por la siguiente distincion: si la fertilidad consiste en el mayor valor de los frutos, porque en un año valgan mas que otro, no aumenta la pension, como tampoco disminuiria en el caso contrario. Pero si la fertilidad consiste, no en el valor del precio, sino en el aumento, en la abundancia: *Quia ex maxima bonitate et prosperitate temporis et influentia elementorum quam plures fructus sunt percepti*, entonces corresponde el aumento de la pension menos si los frutos consisten: *industria et diligentia conductoris, aut quia solicite laboravit.*

Sala, en su Digesto, cree mas probable la opinion contraria que defiende Voet., y mas latamente Antonio Fabro, porque no solo no hay ley que imponga este gravámen al arrendatario, sino que la 25 del Digesto declara que no debe privársele de cualquier ventaja por grande que sea, si bien concede la remision cuando sobreviene un año estéril.

El testo romano es, en efecto, terminante: *Vis major quam Græci vim divinam apellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui inmodicum lucrum non aufertur.*

No sigue en este punto los precedentes la ley trascrita, que ha partido del principio: *Ad quem spectat periculum, spectaret debet et commodum.*

Pero su doctrina es tan rígida que no ha sido admitida en la práctica. Sala dice: jamás he visto este caso de pedir el dueño paga doble; sin embargo, que siempre he sido muy aficionado á la agricultura.

El anotador de las Partidas añade: el dueño, por el contrato de arrendamiento, se desprende de todo el derecho que tenia á los frutos, y por lo mismo ningun derecho parece quedarle á los mismos, aunque fueren muy abundantes. Esta abundancia es por tanto favorable al arrendatario, y solo aprovechará al dueño, cuando por ella se compense la falta de los años escasos, á fin de que no se rebaje la renta.

### Artículo 3.°

*Doctrina sobre los desperfectos y mejoras de las cosas arrendadas.*

Ley 8.ª—[1]*A cuestas por sí mismo, ó en alguna su bestia, ó en carreta, ó en nave prometiendo de levar algun ome, vino, olio ó otra cosa semejante en odres, ó en alcollas, ó en toneles, ó pilares de mármol, ó redomas, ó cosa semejante, si levandol de un lugar á otro, cayere por su culpa aquello que levare, é se quebrantare ó perdiere, tenudo es de lo pechar.* [2]*Mas si el pusiese guarda, cuanta pudiese; en levar aquella cosa ó se quebrantase por alguna ocasion sin su culpa, non seria tenudo de lo pechar.* [3]*Otrosi si se perdiese, ó menoscabase, ó muriese la cosa alogada, por alguna ocasion que aviniese sin su culpa del; así como si fuese bestia é muriese de su muerte natural; ó si fuese nave, é peligrase por tormenta que acaesciere; ó si fuese casa é se quemase; ó molino, é le llevasen avenidas de rios; ó por otras cosas semejantes destas, se perdiese ó muriese, por tal ocasion, non seria tenudo de la pechar el que la toviese logada. Fueras por casos señalados:* 1.° *Si cuando logó la cosa, fizo tal pleito con el señor della, que como quier que acaesciese de la cosa, fuese tenudo de la pechar.* 2.° *Si ficiese tardanza de tornar la cosa al señor, mas que no debia, é despues de aquel tiempo que gela debiera aver tornada se perdiese ó empeorase.* 3.° *Si por su culpa acaesciese aquella ocasion, porque se pierde ó muere la cosa.*

El porteador que arrienda su bestia, carreta ó nave para conducir cierta carga no responde, aunque se quebrante ó se

pierda, si puso la debida diligencia, es decir, que el daño no fué por su culpa.

Copia la ley el párrafo 7.° de la 25 del Digesto: *Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum prœstat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligimus et, si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: Idemque etiam ad cæteras res transferri potest.*

Nótase una diferencia entre el testo anterior y nuestra ley; pues la culpa que esta exige no es la levísima, pero la palabra *diligentissimus*, está usada con hipérbole *superlativum pro positivo ponitur*, y puede entenderse como dice Azon, *in conductore dilig.ntissimo in suis* (Glosa 4.ª).

Tampoco responde de la muerte, pérdida ó deterioro de la cosa si ocurríere por ocasión sin ninguna culpa suya: tal sucederia, por ejemplo, si siendo una casa se quemase, una nave naufragase, un molino y le llevase la avenida, una bestia y muriese de muerte natural.

Concierta con el párrafo 6.°, ley 25 Dig.: *vis major, quam Græci vim divinam appellant, non debet esse conductori damnosa;* á cuyo tenor hay otras declaraciones en aquel derecho: *Marcius domum faciendam à Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta terræ motu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus ait, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum* (59). En el Código, estos casos se elevan á principio, como dice la ley 28: *In juditio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.*

En esta materia merece especial recuerdo el decreto de 22 de Setiembre de 1756 inserto por nota de la ley 8.ª, tít. X, libro X, Nov. Recop. Con motivo del daño causado á las vidrieras de Madrid por una tempestad de granizo, declaró el Consejo que lo debia sufrir el dueño de la casa, como sufriria el de la quema; y mandó que en el asunto no se admitiese recurso, teniéndose esta declaracion por regla general y como ley. Así se determinó en otro caso ocurrido en 26 de Julio de 782, y en

el de 87 con igual motivo se mandó observar dicha resolucion por edicto de la Sala de 23 Agosto, y que no se alterasen los precios de los vidrios, ni los jornales de los maestros y oficiales.

Tres escepciones admite la ley: 1.ª si el arrendatario hubiese tomado sobre sí el caso fortuito. Este pacto nada tiene de inícuo, por lo que reconoce su validez el § 2.° de la ley 9.ª, Digesto, orígen de la nuestra: *Julianus dicit: si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum esse.*

Pero se necesita estudiar bien los términos, pues la cláusula así concebida es muy vaga: el caso fortuito como antes hemos dicho, puede ser de varias especies. Los hay que ocurren con frecuencia, tales como las nieves, el granizo, y este riesgo le corre el arrendatario, aunque no lo esprese. Otros, por el contrario, son tan raros que apenas hay noticia de ellos en la memoria de los hombres, como sucede con ciertas inundaciones ó una invasion de enemigos. Otros, finalmente, ocupan un término medio entre los dos; porque ni ocurren todos los dias, ni se citan como fenómenos ó casos estraordinarios.

Gomez sostiene que en la renuncia de los casos fortuitos solo se comprenden los que acaecen comunmente, no los que rara vez se verifican, si no se hace mencion de ellos: *licet casus fortuiti possunt renunciari, debet intelligi, quando essent de solitis et communiter contingentibus; secus tamen si essent insoliti et raro contingentes: quia tunc renunciatio non extenditur ad illos, nisi specialiter fiat mentio eorum* (núm. 19).

Otro autor, Febrero, llama casos fortuitos, insólitos ó raro contingentes, aquellos que no se han oido ni visto en la region ó territorio del fundo locado por espacio de cuarenta años, ni podia presumirse que acaeciesen naturalmente en aquel.

Nosotros resolveriamos esta duda bajo la distincion antes indicada, no considerariamos aplicable el pacto á un caso anormal y fuera de lo imprevisto por la regla de derecho: *non videtur contineri pacto id de quo cogitatum non est;* y como seria inútil y hasta opuesto á los efectos del contrato suponer que tuviese lugar en accidentes ordinarios, le reservariamos para casos raros y hasta estraordinarios, pero no tanto que rayasen en el límite de lo

inverosímil ó de lo improbable. Es la mejor interpretacion que puede darse al § 3.°, ley 78, Dig. de *Cont. empt.*: motivo de tan encontrados pareceres: *Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi, aut tempestate factum esset præstaturum: ea frumenta nives corruperunt; si immoderatæ fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

Los arts. 1.772 y 1.773 del Código francés suministran una regla de interpretacion digna de aprecio, á saber; ó la cláusula contiene que el arrendatario soportará los casos fortuitos, ó bien empleando términos mas precisos, y á la vez mas latos, declara que toma á su cargo los casos fortuitos previstos é imprevistos. En el primer caso, la estipulacion se entiende de los siniestros ordinarios, es decir, los que ordinariamente se preven, el hielo, el fuego del cielo, el granizo; mas no los estraordinarios, como los estragos de una guerra, una inundacion ó desastres de esta especie que de ordinario no ocurren en el país. En el segundo caso responde el arrendatario de todos los casos fortuitos sean cuales fueren.

2.ª escepcion: si hubiese habido tardanza en devolver la cosa y despues de ella ocurriese el caso.

3.ª Si hubiese mediado culpa. Habiendo dicho que el arrendatario está obligado á conservar la cosa, la cuestion que de aquí puede nacer, es, si debe la culpa leve ó la levísima. Pero esta duda se resuelve segun el principio de que en los contratos celebrados por utilidad recíproca de los contrayentes, solo tiene lugar la culpa leve.

Siendo el arrendamiento un contrato bilateral y útil á ambas partes contratantes, el arrendatario está obligado á responder, segun lo prevenido por las leyes, de los daños y menoscabos ocurridos en la cosa arrendada por culpa suya, siquiera sea leve, ó lo que es igual, por falta de la prudencia y celo que un hombre medianamente cuidadoso y diligente emplea en sus propias cosas.

El principio de derecho de que la cosa perece para su dueño, no puede ser aplicable, cuando la arrendada sufre algun deterioro por culpa del arrendatario (S. 5 Mayo 1866).

El arrendatario responde no solo de su falta, sino de la qu cometa su familia ó los dependientes que tenga á su servicio incluso, dice Domat, los huéspedes, pensionistas y subarrendatarios: *Culpam eorum quos induxit, præstet suo nomine, etsi nihil convenit* (Ley 11). *Periculum præstat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur culpa acciderit* (Ley 25, § 7.°; y 30, § 4.°, Dig.).

La distincion establecida por las leyes, 27, § 11, Dig. *Ad leg. aquil.*, y la 11 de este título, es tan ocasionada á cuestiones que por eso los Códigos modernos la omiten.

Un arrendatario no puede saber el carácter de sus huéspedes ó de sus criados; pero sea cual fuere, debe responder de los daños que causen.

En cuanto á los incendios, la frecuencia con que se sucedian en Roma por defectos en la construccion, produjo diversas medidas. Ocurrióse á este mal primero inventando cláusulas de arriendo, de tal manera estrechas y apremiantes para el arrendatario, que le hacian responsable de fuerza mayor. La fórmula era *ignem non habeto*, es decir, que se le prohibia hacer fuego en casa para quitarle todo pretesto. Otras veces se le permitia tener fuego con tal que fuese inocente: *innocens ignis*, es decir, incapaz de producir desgracias. En este caso quedaba responsable sin mas escepcion que la de una fuerza mayor que burlase su vigilancia: así entre otros testos se infiere por el siguiente de Ulpiano, ley 11, Dig., § 1.°: *Si hoc in locatione convenit, ignem ne habeto, et habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere: aliud enim est ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium ignem.*

El art. 1.733 del Código francés declara al arrendatario responsable del incendio, como no pruebe que ha sido ocasionado por caso fortuito, fuerza mayor ó vicio de construccion, ó que el fuego se ha comunicado por una casa inmediata. Toda precaucion es poca para evitar una desgracia, hija de la desidia si es que no del crímen; pero como siniestro debe seguir la regla de todos los de su clase.

Si el dueño tuviere persona especialmente dedicada á cuidar de la cosa; remite un tanto la obligacion del arrendatario.

La ley 11, tít. XIX, lib. III, Nov. Recop., da reglas para reformar abusos que suelen producir incendios en las casas de la Corte.

MEJORAS DE LAS COSAS ARRENDADAS. Ley 24.—[1]*Mejoran á las vegadas los arrendadores los heredamientos, é las otras cosas que tienen arrendadas, faciendo y labores, ó cosas de nuevo, é plantando y árboles ó viñas, porque la cosa vala mas de renta, á la sazon que la dejan, que cuando la tomaron; é por ende es derecho que así como cuando facen daño en la cosa arrendada, son tenudos de lo mejorar; bien así les debe ser conoscido, é gualardonado el mejoramiento que y ficieren. El señor es tenudo de dar las misiones que fizo en aquellas cosas que mejoró, ó de gelas descontar del arrendamiento. Fueras si en el pleito fuese puesto que ficiese de lo suyo tantas labores é mejorías como estas que de suso digimos: ca entonce sería tenudo de guardar el pleito, segun que fué puesto.*

Si el arrendatario hubiese mejorado la cosa arrendada, haciendo labores ó cosas de nuevo, plantando árboles ó viñas, de suerte que valga mas en renta que cuando la tomó, debe el dueño abonárselas, ó pagándolas, ó descontándolas del precio del arriendo, á menos de haber convenido en el contrato que habia de hacer las citadas labores y mejoras.

El que lleva en arriendo una cosa, puede repetir las espensas necesarias y útiles, ó descontarlas de la pension. En el terreno especulativo hay uniformidad completa entre nuestro derecho y el romano: *In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest* (Ley 55, § 1.º). *Vel expensas consecuturum, vel nihil amplius præstaturum* (61).

Aunque las mejoras hechas por el inquilino ó colono en la finca arrendada ceden en favor del dueño, tiene aquel derecho á reclamarlas, siendo de las comprendidas en dicha ley (S. 5 Abril 1867). Como que esta se limita á determinar los casos en que dichas mejoras son de abono, no concede derecho al colono para retenerlas, ni para impedir su despedida ó desahu-

cio (22 Diciembre 1865). Cuando en la sentencia se reserva espresamente á los litigantes el derecho de que se creen asistidos, no se niegue al arrendatario el suyo respecto á los gastos hechos en la finca arrendada segun las condiciones del contrato (6 Febrero 1860).

Pero toda reclamacion de impensas tropieza con la dificultad de su clasificacion: lo mejor, lo mas seguro, es lo que dice el anotador de las Partidas. Es muy conveniente que el arrendatario no principie á hacer las mejoras que crea necesarias ó útiles, sin avisar primero al dueño; pues de lo contrario se espondrá á que no se le abonen las útiles, ó á no reintegrarse cumplidamente de los gastos causados en las mejoras necesarias. La práctica del mencionado aviso, salva el derecho que tiene el dueño de hacer por sí las mejoras, ó porque pueda verificarlo con mas economía, ó porque crea que no son necesarias ó útiles todas las intentadas por el colono; y siempre seria injusto que el dueño careciese de la noticia de unos gastos que se tratasen de hacer en una cosa suya, y que se hubiera de exigir que él abonase.

Habiendo precedido pacto no hay mas que cumplirle, porque siendo de los permitidos, la voluntad de los contrayentes es ley.

### Artículo 4.°

### *Subarriendo.*

El derecho romano autorizó al arrendatario para subarrendar en todo ó en parte la cosa arrendada como no se hubiese limitado esta facultad por pacto: *Nemo prohibetur rem quam conduxit, fruendam alii locare; si nihil aliud convenit* (Ley 6.ª, Cód. de *Loc.*).

Los jurisconsultos por su parte no se la disputan. Gomez, aunque con limitaciones, acepta este principio.

Escriche afirma que el arrendatario puede subarrendar á otra persona igualmente idónea ó capaz, la cosa que se le arrendó para el propio uso y no para otro, por el mismo tiempo ó menos, en el todo ó en parte, con tal que no perjudique al propietario ni á otro inquilino ó colono.

Tampoco nosotros vemos inconveniente en admitir el subarriendo, porque la subrogacion de un arrendatario en lugar del primero puede ser útil á este y no perjudicar al arrendador. Mas como en este lo mismo que en todos los contratos hay un principio de confianza del que procede que no sea indiferente para el dueño la persona que ocupa sus cosas, puede prohibir en el contrato de arrendamiento la facultad de subarrendar, en todo ó en parte, derecho que tiene reconocido por las leyes.

El art. 4.°, ley 8.ª, tít. X, lib. X, Nov. Recop., prohibe todo subarriendo ó traspaso á no ser con espreso consentimiento de los dueños ó administradores.

La Real órden de 21 de Junio de 1768, y el Real decreto de 1836, relativo al fomento de agricultura y ganadería, establecen la misma prohibicion. El arrendatario, dice el último en el art. 7.°, no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño, pero podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los frutos ó pastos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

Por lo demás, el subarriendo no altera las relaciones del dueño con el arrendatario, cuyo principio ha sido reconocido por el jurisconsulto Paulo en la ley 47, Dig. de *Jur. fisc.*, y por los emperadores Graciano y Valente en la 3.ª, del Cód. de *fund. re. priv.* De donde se infiere que aunque haya subarrendado á un tipo mas alto que el principal, no tiene el dueño derecho alguno sobre el escedente que está fuera de sus convenciones: es un beneficio del arrendatario que le compensa de los peligros que tiene consigo el subarriendo. Y no solo el primitivo arrendador queda obligado para con el dueño, sino que el subarrendatario contrae con este la obligacion de pagarle el precio hasta la concurrencia de lo que le debe el primero. Esta obligacion del arrendatario se funda en la ocupacion de la cosa perteneciente al propietario.

Si el arrendatario ha hecho uso de su derecho de subarriendo, no puede considerarse este terminado por el mútuo disenso entre el subarrendatario y un comprador posterior de la cosa subarrendada, ajeno á dicho contrato; pues el disenso

para el efecto de estinguir las obligaciones consensuales ha de proceder de los mismos que prestaron á ellas el consentimiento. (S. 9 Noviembre 1861).—El subarrendador de una casa tiene personalidad para comparecer en juicio á pedir el deshaucio del subarrendatario, cuando el contrato de subarriendo es el único título que este tiene para habitar la casa (S. 11 Noviembre 1861).

Con tal motivo, se pregunta si admitido el subarriendo, tiene ó no el dueño derecho pignoraticio ó hipotecario, así en los frutos de la casa como en los bienes propios del subarrendatario para cobrarse del precio ó alquiler que le debiese el arrendatario. Esta cuestion ha dividido á los intérpretes: algunos niegan que el dueño tenga semejante derecho, pues si carece de accion personal, menos puede tenerla hipotecaria; pero la opinion mas razonable parece que el subarrendatario responda al dueño hasta la concurrencia del precio del subarriendo que se halle debiendo en el acto el arrendatario y que tenga sujetos sus muebles á esta responsabilidad así con respecto al dueño como con respecto al arrendatario por la cantidad de que fuere deudor y nada mas (Escriche).

La facultad de subarrendar, aunque de derecho comun, no pertenece al colono parciario, el cual está unido por una especie de sociedad con el propietario: *Nisi conductor primus agri*, dice Voet, *sit colonus partiarius, quippe, qui fructus cum domino dividens, quodam societatis jure, alium domino socium quem is elegit obtrudere, non potest.*

El subarriendo puede hacerse *per modum locationis ac etiam per modum substitutionis in locum suum.* El arrendatario puede ceder sus derechos, y en este caso el cesionario ocupa su lugar: *jura conductionis cedi possunt, et cesionarius efficitur conductor* (Pucioni de *Loc.* cap. 32, núms. 28 y 29).

Sin embargo, no es lo mismo subarrendar que ceder al arriendo: son actos diferentes, cada uno de los cuales produce efectos propios.

## § IV.

### *Arrendamiento de prédios urbanos.*

#### Artículo 1.°

*Antiguas disposiciones sobre esta clase de arriendos.*

El establecimiento de la Corte en Madrid dió orígen á una legislacion escepcional sobre arrendamientos que atacaba y disminuia notablemente los derechos de los propietarios, de lo cual dan testimonio las leyes del tít. XIV, lib. III de la Novísima Recopilacion, y entre ellas mas principalmente la 24, dada en Lerma por D. Felipe III á 8 de Mayo de 1610, privilegio de la villa de Madrid sobre arrendamiento de las casas de ella, tasas y retasas de sus alquileres.

El auto acordado del Supremo Consejo de 31 de Julio de 1792, ley 8.ª, tít. X, lib. X, Nov. Recop., destruyó muchos abusos, pero no todos, segun puede verse por su contesto, que como precedente histórico merece recordarse, y cuyo tenor es el siguiente: «Siendo frecuentes los recursos sobre preferencia »en los arrendamientos de casas de Madrid, con que se com»plican los tribunales, y de que resulta á los dueños el impedi»mento de la facultad que su dominio les da de arrendarlas, y »convenirse en el precio con los inquilinos que entran de nue»vo; y habiéndose hecho tambien comun el abuso ó esceso de »traspasarlas los inquilinos en otras personas, sin noticia ni »consentimiento de sus dueños, haciendo negociaciones de la »hacienda ajena, y privándoles por este medio de arrendar las »casas vacantes á su justo arbitrio: para atajar semejantes des»órdenes y perjuicios, y reducir las casas á las disposiciones de »derecho, en adelante y desde la publicacion de este auto acor»dado se guarden y observen, por lo tocante á Madrid, en los »arriendos de casas, pago de alquileres, y tasa de estos las de»claraciones y reglas siguientes:

1.ª »Los dueños y administradores puedan libremente ar-

»rendar las casas à las personas con quienes se conviniesen, »sin que ninguna, por privilegiada que sea, pueda pretender ni »alegar preferencia con motivo alguno, salvo los alcaldes de ca-»sa y corte que, debiendo vivir dentro de sus respectivos cuar-»teles, podrán, en conformidad de lo que dispone la Real cédu-»la de 6 de Octubre de 1768, usar del derecho de preferencia »en las casas vacantes ó desocupadas dentro de sus cuarteles.

2.ª »Muerto el inquilino, pueda continuar en la misma ha-»bitacion su viuda, y si no la tuviese ó no quisiese, uno de sus »hijos, en quien se conviniesen los demás, y no conformándo-»se, el mayor en edad.

3.ª »Para precaver los daños y perjuicios que la continua-»cion de estos inquilinatos podria causar á los dueños de casas, »se declara, que así como por la ley precedente (ley 24, títu-»lo XIV, lib. III, *Nov. Recop.*), pueden los inquilinos usar del »derecho de la tasa, le tendrán en los mismos términos sus due-»ños, pasados diez años de la habitacion, y de la misma facul-»tad podrán usar, si continuasen habitándola por otros diez, y »empezándose á contar desde la publicacion de este auto, por-»que en este largo tiempo puede haber variado el valor del pre-»cio de dichas habitaciones.

4.ª »Se prohibe todo subarriendo y traspaso del todo ó par-»te de las habitaciones, á no ser con espreso consentimiento de »los dueños ó administradores, y se anulan tambien los que es-»tuviesen hechos sin esta circunstancia; pero deberán ser pre-»feridos los inquilinos en los arrendamientos, entendiéndose de-»rechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inqui-»lino principal que subarrendó se le rebaje la cantidad del »subarriendo que hizo, y ha de percibir el dueño de la casa.

5.ª »Mediante que en conformidad de la costumbre obser-»vada en Madrid, el inquilino que ha de habitar la casa, antici-»pa el importe de medio año; si se verificase que antes de cum-»plirlo la dejase, el dueño ó administrador le devolverá á pro-»rata la cantidad que corresponda al tiempo que faltare para »cumplir el medio año, y lo mismo se entienda con los alquile-»res que se anticipan en las habitaciones que se pagan por meses.

6.ª »No puedan los dueños y administradores tener sin uso »y cerradas las casas, y los jueces los obliguen á que las arrienden á precios justos, convencionales ó por tasacion de peritos »que nombren las partes, y tercero de oficio en caso de discor»dia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estar»les prohibido por fundaciones ó por otro motivo; pues seme»jantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio »del bien público.

7.ª »Las personas que saliesen de la Corte con destino ó »por largo tiempo, no puedan retener sus habitaciones ni con »pretesto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohi»bicion no deberá entenderse con los que se ausenten por falta »de salud, comision ú otra causa temporal de corta duracion.

8.ª »Habiendo acreditado la esperiencia, que se ocupan las »casas largo tiempo con los bienes muebles y alhajas de los que »mueren, para venderlos en almoneda, y que se usa del fraude »de entrar y subrogar otros, haciéndose por este medio inter»minables las almonedas; se declara y manda, que se acaben »durante los seis meses primeros, y pasados quede desocupada »aunque no se haya concluido.

9.ª »Ningun vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, »como no sean tiendas ó talleres necesarios á su oficio y co»mercio.

10. »Cuando los dueños intentasen vivir y ocupar su pro»pias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito, en »el preciso y perentorio término de cuarenta dias, prestando »caucion de habitarlas por sí mismos, y no arrendarlas hasta »pasados cuatro años.

11. »Las cesiones ó traspasos que se hicieren de las tiendas »de cualquiera especie, casas de trato ó negociacion, sean pu»ramente por el precio en que se regulasen ó conviniesen por »los efectos, enseres, anaqueles y demás de que se compongan, »sin llevar por via de adehala, ni otro pretesto cantidad alguna; »y la casa ó habitacion en que estuviese situada, vaya con el »precio que pagaba el inquilino.

12. »Sobre el contenido de estas reglas, mediante ser cla-

»ras, los jueces no admitan demandas ni contestaciones; y las »que admitiesen, las determinen de plano y sin figura de juicio.»

Al par de esta legislacion que solo por ser escepcional era ya viciosa, existian otras disposiciones, en su mayor parte de fines del siglo pasado, estableciendo nuevas preferencias: por ejemplo.

Segun Real órden de 26 de Agosto de 1784: ley 6.ª, tít. y lib. X, Nov. Recop., los empleados en rentas, aunque no podian impedir á los dueños de casas el libre uso de ellas ni hacer que fuesen espelidos los vecinos que las ocupaban, gozaban de preferencia por el tanto en los arriendos de las que fuesen precisas para la custodia y despacho de los géneros, por no haber otras proporcionadas en el pueblo.

Por Real órden de 22 de Mayo de 1793 se declaró que no se pudiera espeler á nadie de la casa que ocupare para alojar un dependiente de rentas; pero que si se tratare de nuevo arrendamiento, fuese este preferido, usándose el medio legal de la tasa, en caso de que sin razon y con esceso y fraude se quisiera aumentar el precio del alquiler.

La ley 7.ª y notas 4.ª y 5.ª de dichos título y libro declaran que si bien los oficiales militares no podian tampoco hacer desocupar las casas alquiladas, tenian preferencia en el arrendamiento de las que se encontraran desocupadas y sin arrendar con facultad de pagar por meses su alquiler.

Finalmente, con arreglo á la nota 6.ª, id., id., los catedráticos de la Universidad de Salamanca debian ser preferido en el arrendamiento de las casas propias de la Universidad á los nuevos doctores, maestros y licenciados; en concurrencia de muchos tenian preferencia los de teología y derecho á los de medicina y artes por el órden de su antigüedad: despues de los catedráticos eran preferidos los doctores y maestros de teología y derecho á los de medicina y artes; y entre unos y otros, concurriendo solos se observaba la preferencia por antigüedad del grado en el mismo órden establecido entre los catedráticos por antigüedad de cátedras.

Así las cosas, las Córtes de 1820 trataron de establecer re-

glas de justica para estos arriendos, y aun acordaron cierta resolucion equitativa, pero que no llegó á publicarse. En las de 1837 presentó el Gobierno el espediente promovido por varios propietarios de casas de la Corte, apoyados por el Ayuntamiento de Madrid, sobre derogacion del auto acordado y restablecimiento del decreto de las Córtes de 1820 que declaraba estensiva á los inquilinatos de casas de Madrid la libertad sancionada para los arrendamientos de prédios rústicos en 8 de Junio de 1813. El Gobierno manifestó su opinion conforme á la del Tribunal Supremo de Justicia y á favor de los propietarios, y las Córtes redactaron su proyecto de ley que no llegó á discutirse hasta las de 1841 en que fué aprobado.

### Artículo 2.°

*Exámen de la ley de 9 de Abril de 1842.*

Art. 1.°—*Los dueños de casas y otros edificios urbanos, así en la Corte como en los demás pueblos de la Península é Islas adyacentes en uso del legítimo derecho de propiedad, podrán arrendarlos libremente desde la publicacion de esta ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les parecieren convenientes, los cuales serán cumplidos y observados á la letra.*

Este artículo aplica al arrendamiento el principio general de toda contratacion: por él cesan todos los privilegios y el derecho de propiedad recobra sus legítimos dominios. La legislacion general prevalece sobre la escepcional y privilegiada, acabando con preferencias que agobiaban á los dueños de casas y otros edificios urbanos. Estudiadas las antiguas disposiciones hemos visto que unos la tenian para entrar en el inquilinato en concurrencia con cualquier persona; otros para continuar en el inquilinato concluido el tiempo, aun contra la voluntad del dueño.

Ambos privilegios eran á cual mas incompatibles con el derecho de propiedad, por lo que el artículo rompiendo las antiguas trabas, declara que el dueño en el ejercicio legítimo de este

derecho, puede arrendar su casa ú otro edificio urbano libremente, pactando con los arrendatarios las condiciones que bien les parezcan.

Sin embargo, la cuestion de inquilinatos será siempre un problema de solucion difícil, y la razon ės obvia: consultando solo la libertad se resuelve su aspecto jurídico; pero la seguridad del inquilinato puede quedar comprometida, y esto agrava la dificultad bajo el aspecto económico. Dependiendo las mas de las veces las utilidades del comercio del crédito que la actividad y la industria de los comerciantes gana para el establecimiento, un dueño árbitro puede causarles graves perjuicios, prevaliéndose de su situacion para forzar los alquileres ó desalojarles del comercio. El propietario que de esta suerte se conduzca, no habrá dispuesto de una cosa suya, sino que atentando contra el crédito ajeno, en rigor habrá dispuesto de una cosa que no le pertenecia. Para evitar este peligro á que la ley deja espuestas todas las industrias, los inquilinos tienen un medio indirecto en las condiciones con que hagan sus arriendos, la ley puede concederles otro mas directo, permitiéndoles reclamar de su sucesor una indemnizacion proporcional segun e crédito del establecimiento.

Art. 2.º *Si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte. Mas si no se hubiese fijado tiempo ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado, continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el prédio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias.*

La antigua jurisprudencia no contenia reglas precisas sobre la duracion de los inquilinatos, pues aunque de las leyes de Partida podia inferirse que cesaba en cualquier tiempo sin mas que hacer el desahucio con la anticipacion conveniente, la práctica, en la mayor parte de las provincias, era continuarle un año mas.

El citado artículo prevé y resuelve varios casos, á saber: 1.° Contratos en que se haya fijado tiempo para su duracion sin necesidad de desahucio: 2.° Con término, pero pactando la necesidad de desahuciar: 3.° Otros en que no se haya determinado plazo de duracion ni desahucio: 4.° En que no se haya fijado tiempo, pero sí la necesidad de desahuciar; y 5.° En que estipulado plazo, continúe de hecho el arrendamiento.

La regla fundamental, casi la única, consiste en cumplir los pactos franca y espontáneamente convenidos. Cuando los contrayentes han señalado límite al inquilinato, concluye, *ipso facto*, sin necesidad de desahucio, porque tal ha sido su voluntad. Aunque hayan fijado plazo, no concluye si pactaron la necesidad de desahuciar. Si no se fijó tiempo, el desahucio suple sus veces, y ha de preceder á la conclusion del contrato. No habiendo señalado plazo, ni convenido en la necesidad del desahucio, ó cuando cumplido el tiempo, continuase el inquilinato por consentimiento de las partes, el dueño podria desalojar al arrendatario, ó este dejar el cuarto segun fuese su voluntad; mas como ninguno de ellos ganaria nada de esta incertidumbre, supliendo su silencio en cosa que es tan esencial, la ley les impone el deber de darse mútuo aviso con la anticipacion establecida por la costumbre general del pueblo, ó en otro caso con término de cuarenta dias. El Senado señaló sesenta dias, pero no se admitió su enmienda, creyendo acaso preferible el ejemplo de la citada ley de Felipe III, que fijó aquel plazo.

El presente artículo, en cuanto ordena que se dé prévio aviso al inquilino para desalojar la finca, solo es aplicable al caso de haberse cumplido por el mismo las obligaciones estipuladas en el contrato (S. 10 Junio 1864). Si, pues, no las observa ni paga con puntualidad la renta, carece de título para optar á este beneficio. No siempre ni en todo caso concede la ley al inquilino cuarenta dias de término para el desahucio; pues por sentencia de 19 de Junio de 1866 se ha recordado oportunamente que el presente artículo preceptúa que si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arriendo, cumplido el plazo, sin necesidad de

desahucio por una ú otra parte. Por consiguiente, siempre que se señala término fijo para la duracion del arrendamiento, fenece este á la conclusion de aquel sin necesidad de desahucio (S. 21 Febrero 1867). Trascurridos mas de los cuarenta dias desde la celebracion del acto conciliatorio hasta la presentacion de la demanda, claro es que no se infringe este artículo cuando se previene al inquilino que desocupe la habitacion en el término de ocho dias (S. 7 Noviembre 1867). Tampoco se falta á la ley cuando el comprador de una casa arrendada cumple con la obligacion de dar al inquilino el oportuno aviso de despedida (S. 7 Abril 1868); ni cuando, si bien se estipuló que terminado el tiempo del arrendamiento, continuaria este por el consentimiento tácito, se da el espresado aviso en tiempo y forma al inquilino para que deje desocupada la habitacion (S. 7 Mayo 1868).

Art. 3.° *Los arrendamientos ya hechos y pendientes á la publicacion de esta ley, se cumplirán en los mismos términos en que se hayan celebrado, y por todo el tiempo y en la forma que debian durar, con arreglo á la ley que ha regido en Madrid hasta ahora, reales resoluciones, práctica y costumbre vigente al tiempo de celebrarse dichos contratos.*

Aunque la ley declaraba la libertad de los arriendos, no quiso igualar los antiguos con los modernos: procurando evitar los inconvenientes de la retro-accion, mandó que los pendientes á su publicacion se cumplieran en los términos en que se hubiesen celebrado por el tiempo y en la forma que debian durar con arreglo á las leyes y costumbres vigentes en la Corte al tiempo de celebrarse.

Háse notado en los términos del artículo confusion ó falta de exactitud, porque si la ley es general, no debió referirse á los contratos celebrados en Madrid, sino comprender los de todos los pueblos de la Península. Pero los de Madrid eran los que mas se apartaban de la ley comun: citándolos como ejemplos, dió á entender que la regla era la misma para todas partes.

Art. 4.° *Quedan derogadas para lo sucesivo la ley* 8.ª, *titu-*

*lo X, lib. X*, Nov. Recop., *y cualesquiera otras reales resoluciones; práctica ó costumbre que sean contrarias á lo establecido en los artículos precedentes.*

A la parte dispositiva de la ley corresponde, segun la forma hoy usual, la parte derogatoria; muchas disposiciones, muchas antiguas prácticas iban á ser abolidas; pero entre todas descollaba el famoso auto acordado de Cárlos IV, y en él se fijó para derogarle espresamente.

Por mala inteligencia de esta ley ha sido preciso declarar que si el art. 3.° respetó los arrendamientos pendientes en 9 de Abril de 1842, debiendo cumplirse con arreglo á la disposicion vigente hasta aquella fecha (Ley 8.ª, tít. X, lib. X, Novísima Recopilacion), por el art. 4.° comentado quedaron derogadas para lo sucesivo la citada ley recopilada y cualesquiera otras resoluciones, pragmáticas y costumbres contrarias á lo establecido en los artículos precedentes; de modo, que si el contrato no se ha celebrado por tiempo determinado, y además ha sufrido alteraciones esenciales, tanto respecto al precio, como en cuanto á otros puntos objeto de él, aquella ley no puede ya aplicarse (S. 27 Junio 1865).

## § V.

### *Causas de resolucion de este contrato.*

#### Artículo 1.°

#### *Falta de pago.*

Ley 5.ª—[1]*Alquilada teniendo un ome de otro alguna cosa, si non le pagare el loguero á los plazos que pusieren con él, é á lo mas tardar al fin del año; dende adelante, el señor de la casa puede echar della al que la tiene alquilada, sin caloña é sin pena.* [2]*E demas decimos que todas las cosas que fallaren en la casa de aquel que la tenia alquilada, fincan obligadas al señor de la casa por el loguero é por los menoscabos que oviese fecho en ella; é puédelas retener el señor de la casa, como por peños, maguer non*

*quiera el otro, fasta que le pague el loguero, ó le enderece los menoscabos que le fizo en su casa.* [3]*Pero estas cosas sobredichas, non las debe tomar el señor della por sí mismo tan solamente, mas ante los vecinos, metiéndolas todas en escrito ante ellos, porque non pueda ser fecho engaño.* [4]*E de lo que de suso digimos de las casas, entiéndese tambien de las heredades, como de las viñas é de las huertas, que dan los omes á labrar ó arrendándolas. Ca cuantas cosas metiere el labrador en ellas con sabiduría del señor, todas fincan obligadas al señor, é las puede tener por peños fasta que el labrador pague la renta que ha de dar por razon del arrendamiento, si lo non pagó á los plazos que le oviere de pagar.*

Sumario. Si el arrendatario no pagare al tiempo convenido ó á mas tardar á fin del año, puede el locador espelerle de la cosa arrendada sin culpa y sin pena. Si fuere casa, están obligadas al pago del alquiler y de los menoscabos que hubiese causado todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre formando escrito de ellas ante vecinos. Y lo que se dice de las casas debe entenderse de las heredades, como viñas ó huertas, pues todas las cosas que el labrador pusiere *(metiere)* en ellas con conocimiento del señor fincan obligadas al mismo.

La reparacion concedida al dueño seria ilusoria si no caminase al par de su derecho una garantía; por eso debemos estudiar separadamente los dos capítulos de que esta ley consta.

La falta de pago del arriendo supone de parte del arrendatario tan grande olvido de sus deberes, que ha sido señalada por todos los códigos como la principal causa para la resolucion de este contrato. Ni aun el Fuero Real la olvida; aunque la ley 4.ª, que habla de ella, adolece de la falta de precision que se advierte en sus disposiciones. Dice así: ***Si el que logó la casa agena ó otra cosa para en su vida, ó por gran tiempo, é puso de le pagar el loguero de cada año, é quisiere pagar el loguer asi como con él puso, no gela pueda toller, sino como manda la ley, ó si el loguer no le pagare de dos años, maguer que no gela pidió; pero si ante que gela tuelga, por razon de lo que***

*no le pagó por dos años, le pagare el loguero aquellos dos años que le habia de pagar, no gela pueda toller.*

No cumpliendo el arrendatario las condiciones estipuladas ó dejando de pagar la renta es procedente el desahucio (S. 27 Noviembre 1867); y si se impuso la condicion de satisfacerla con puntualidad para que el propietario la conservase en el goce del arrendamiento, y falta á ella ó cualquier otra de las convenidas, procede el desahucio conforme á la presente ley sin que la sentencia que así lo decrete la infrinja, y menos el principio de derecho *pacta sunt servanda* (S. 28 Noviembre 1865).

Como en lugar del año prefijado por la ley trascrita de Partidas, la siguiente señala dos años, han hecho los intérpretes grandes esfuerzos para esplicar ambas leyes.

En opinion de Gregorio Lopez, la duda admite tres soluciones. Una, si el arriendo se hizo por mas tiempo que el de dos años tiene lugar la ley 6.ª y su concordante, el párrafo *inter locatorem* de la ley 54, Dig.: si se hizo por dos años ó menos, se observará lo que dispone la presente. Otra: ó el señor quiere espeler del uso de la casa al arrendatario en dejando de verificar el primer pago, y puede hacerlo aun sin esperar el bieno, aunque el arriendo se haya hecho por tiempo mas largo; pero el arrendatario conserva el derecho de purgar la mora: ó lo hace negando este derecho, y entonces tiene que esperar á que pase el bienio. La tercera, es que cuando se agregó al contrato el pacto *de non expellendo*, se exige el bienio: y que si no intervino ese pacto, basta el atraso en el primer pago.

Gomez distingue si el arriendo se hizo por largo ó por corto tiempo: en el primer caso, dice, si se constituyó una pension á pagar en cada año, ha de esperarse el bienio: en el segundo, puede ser espulsado si no paga en el tiempo debido: *et ista est concordia vera et necessaria ad illas leges, quia si pro uno anno facta esset conductio et per annum cessaret, jam jure communi expelleretur* (Id. núm. 6).

Aunque los intérpretes abusaron mas de una vez de la fecundidad de su ingenio, no les acusaremos de haber pecado en esta ocasion de cavilosos, pues la ley presenta la ambigüedad de

muchas de Partida, y que nos esplicamos sin esfuerzo, teniendo presente el gusto dominante en las escuelas, y hasta se puede afirmar, el estado de embrion en que se hallaban los materiales que debian formar el derecho.

Para salir de estas dudas, estábamos tentados á creer que la ley comentada debe entenderse de los arrendamientos de predios rústicos: pues la siguiente desde el epígrafe hasta la parte dispositiva, habla solo de casas; por manera que entendida así, desapareceria la contradiccion, aplicando cada ley en su caso. Pero seria gratuita esta interpretacion, porque la ley no distingue y antes bien indica que comprende todos los arriendos al conceder al dueño en la segunda parte hipoteca para hacerse pago del precio del arriendo.

La ley debe esplicarse comparándola con la que le precede, en la que se dice que no habiéndose señalado tiempo para pagarse la pension y cuando faltara costumbre, se debia pagar en fin de año: de aquí la consecuencia, si llegado el año no pagaba, el arrendador podia despedir al inquilino.

Con la ley del Fuero no cabe esta dificultad, pues habla de un arrendamiento hecho por largo tiempo y á condicion de pagar la pension por años, y exige para que tenga lugar el desahucio que el arrendatario deje de pagar dos años, pero le permite purgar la mora.

Como el desahucio es independiente del derecho del dueño á hacer efectivos los alquileres, otórgale la ley por garantía una hipoteca.

Si el arrendamiento fuere de casas, responden los efectos, *todas las cosas*, al pago del alquiler y de los desperfectos, pudiendo retenerlos el dueño en prenda. Con este capítulo, el 2.°, concierta la ley 9.ª del Fuero: *Toda cosa que el home tuviere en casa alogada de otro, mandamos que sea empeñado al dueño de la casa por el aloguer, maguer que no fuese pleito, é haya por hi su loguer.*

Gregorio Lopez llama la atencion sobre la palabra *fallaren,* la cual parece dar á entender no que estén indistinta y tácitamente obligadas todas las cosas llevadas ó introducidas en la

casa, sino únicamente las que se hallen en ella en el tiempo en que el dueño quiere que se le pague la pension ó se le abonen los desperfectos (Glosa 2.ª).

La casa ha de ser *alquilada*, pues la ley careceria de aplicacion si el inquilino la tuviese de balde. El comentador interpreta así esta palabra, por lo que dispone la 5.ª, tít. II, lib. XX, Dig.: *Pomponius scribit si gratuitam habitationem conductor mihi præstiterit, invecta à me domino insulæ pignori non esse.*

Las cosas obligadas son las que el inquilino llevó á la casa con intencion de que permanecieren en ella, no las que estaban interinamente, como las mercancías de un comerciante: *emptor enim earum non poterit conveniri hypotecaria.* Tampoco las cosas ajenas, como el dueño no haya procedido con fraude en daño del contrayente.

En cuanto declara que el locador puede retener dichas cosas por vía de prenda, se limita á trascribir varios preceptos del derecho comun que le reconocen esta facultad: *Utique si pro præterita pensione satisfacere paratus fuit, alioquin justa retentio pignoris domino fieri videretur* (Ley 34, tít. II, lib. XXXIX). *Pomponius scribit: non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata* (2.ª, tít. II, lib. XX, Dig.)

Para usar de este derecho, pone por condicion que el dueño haga una relacion por escrito y ante testigos, cuyo requisito trae orígen de otro testo, el 56, de este título del Digesto.

Lo declarado respecto á las casas se entiende de las heredades, sin mas diferencia que las cosas obligadas en el arrendamiento de estas son las que el colono puso en ellas con conocimiento del dueño. El precepto está tomado de la 5.ª, tít. LXV, lib. IV, Cód.: *Certi juris est, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris jure tenentur.*

La razon puede ser la que indica el comentador: *Sancta rusticitas omnia palam habet:* como la presuncion es que en el prédio rústico nada hay oculto, el dueño puede saberlo fácilmente: lo

contrario acontece con las cosas llevadas á un prédio urbano, se necesita averiguarlas: *et est quodammodo injuriossum ea detegere, et investigare.*

Ley 6.ª—*Alogando un ome á otro casa, ó tienda, fasta tiempo cierto, pagándole el que la recibe, el aloguero que pone con él, á los plazos en que se avinieron, non le puede echar della, fasta que el tiempo sea complido. Fueras por cuatro razones. La primera es, cuando al señor cae la casa en que mora, toda ó parte della, ó está guisada para caer, é non ha otra en que more; ó ha enemistad en aquella vecindad en que mora ó otra premia, ó si casase él alguno de sus fijos ó si los ficiese caballeros. La segunda es, si despues que la logó, aparesció alguna cosa atal en la casa, porque se podria derribar si non fuese adobada. Pero en estos dos casos tenudo es el señor de la casa de dar al alquilador otra en que more, atal con que le plega, fasta el tiempo en que debe morar en la otra, ó descontarle del loguero tanta parte, cuanta viniere en aquel tiempo que debe morar en ella. La tercera, cuando el que toviese la casa logada, usase mal della, faciendo en ella algun mal porque se empeórase, ó llegando en ella malas mugeres ó malos omes, de que se siguiese mal á la vecindad. La cuarta si alogase la casa por cuatro años ó cinco, aviendo á dar por ella cada año loguero cierto; ca si pasaren dos años que non pagase lo que avia á dar, dende adelante puédele echar della. E por cualquiera destas razónes puede echar ante de tiempo el señor de la casa al que la toviere alogada ó alquilada, maguer el otro non quiera.*

Alquilada una casa por cierto tiempo, el derecho romano solo autorizaba el deśahucio en los casos citados por la ley 3.ª, Cód. *Loc.: Æde quàm te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaberit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es.*

La legislacion pátria convino igualmente en dar flexibilidad al contrato admitiendo causas para terminarle antes de cumplido el plazo, Ley 2.ª, F. R. *El que logare su casa á otri á plazo, no la pueda toller fasta el plazo, fuera si la quisiere refacer,*

*habiendolo menester la casa, ó si en ella ficiere daño, tajando la madera, ó otro daño semejable, y en esta guisa, no le demande el señor el aloguer mas de por el tiempo que hi moró.*

El arrendatario tampoco se puede despedir: *fuera si pagare todo el aloguer, é si la casa oviere menester de se refacer, y el señor no quisiere refacerla, afrontandolo aquel que la tiene puedegela dejar; é dé el loguero del tiempo que hi moró, é no mas.*

De las Partidas nada hay que hablar, porque la ley trascrita va á ser objeto de nuestro exámen.

1.° Concede el desahucio aun sin llegar el término, cuando el dueño no tenga casa en que vivir por haberse arruinado ó amenazar ruina la suya ó por otra causa grave, como la enemistad con los vecinos ó la circunstancia de haberse casado ó haberse hecho un hijo caballero.

Usando la ley tiempo de presente, *cae la casa*, denota que la necesidad ha de ocurrir de improviso: que el beneficio no tendria lugar si se presumiese que habia de ocurrir, segun la glosa y la opinion de los doctores sobre la ley *æde*. Del mismo modo se duda si se entenderia escluida la escepcion habiendo mediado el pacto *de non expellendo*. Aunque algunos autores son de esta opinion, Lopez sigue la contraria, *quia promisio de non expellendo debet intelligi rebus sic extantibus, non si necessitas superveniat.*

La ley romana fué una concesion otorgada al derecho de propiedad en detrimento de los derechos del arrendatario. Las limitaciones de la nuestra, sin destruir el pensamiento, atenuaron mucho sus inconvenientes. Varias causas pueden obligar al dueño á abandonar su domicilio; pero la mas directa es ineficaz para rescindir el arriendo si no es urgente, si no está probada.

La escepcion fundada en el hecho de armarse un hijo caballero tiene el sabor de su época. Lopez cree que segun costumbre antigua de España, cuando un hijo abrazaba la profesion de las armas constituia domicilio aparte, y necesitaba casa, y dice que lo mismo debia ser haciéndose doctor, abogado ó presbítero: *ita quod indigeret ampla domo seorsùm à patre* (Glosa 5.ª).

2.° Si despues de celebrado el arriendo apareciese en la ca-

sa alquilada necesidad de obrar para precaver su ruina. Sobre cuyo estremo Lopez advierte, que hecha la reparacion, puede el inquilino volver á su casa, aunque haya sido despedido para reedificarla. Testo *si duo* (§ 3.°), *cum inquilinus*, Dig. *uti possidetis*.

Si el arrendatario no conviene en la necesidad de edificar puede oponerse, pidiendo un reconocimiento ó utilizando cualquier otro medio de defensa.

En cualquiera de los casos exige la ley, como condicion del desahucio, que el dueño haya de facilitar al arrendatario otra casa en que viva, ó descontarle la parte proporcionada de alquiler.

3.° Cuando el arrendatario usase mal de la casa, ocasionando daño para que se empeore, ó teniendo malas mujeres ó malos hombres de que se siguiese perjuicio á la vecindad.

El arrendamiento lleva por condicion, aunque no se esprese, el buen uso de la cosa, justo es que el inquilino, que le haga malo, pierda su derecho. El abuso puede consistir en dos cosas; en causar daño material ó en habitarla con escándalo de la vecindad. En esta última parte acaba la ley las cuestiones promovidas por los intérpretes, declarando que sin que resulte daño material para la casa ni para su dueño, puede despedir al inquilino que la habita con mujeres ú hombres perdidos que causen escándalo en la vecindad.

Ha sido motivo de controversia si del mismo modo que en los casos anteriores deberá el dueño abonarle la parte correspondiente del precio: Lopez agita esta cuestion en la glosa 7.ª, y aunque existen motivos para creer que no; lo uno porque la ley no debe estenderse fuera de los casos que comprende; lo otro, porque la culpa no la tiene el dueño, sino el inquilino; otros hay que prueban lo contrario, á saber: 1.° Que la ley establece la obligacion de proratear el precio como alternativa para en el caso de que no pueda proporcionar al inquilino otra casa: 2.° Que no ha podido ser su objeto derogar el principio general de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro. De manera que como mas equitativo aceptariamos el término medio indicado en la propia glosa: *Fortè posset aliter distingui, quod aut dominus reperit conductorem pro tempore futuro, et tunc fiat remissio*

*mercedis: si verò non reperiatur, tunc procedat prima opinio indistinctè, ne dominus damnificetur ex culpa coloni, vel inquilini.*

4.° Si estando la casa arrendada por cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos sin pagar la pension.

Como llevamos dicho, no hay oposicion entre este precepto y otro de la ley anterior. Verificado el arriendo por un número determinado de años, y en concepto de hacer el pago por anualidades, han de haber pasado dos sin pagar la pension para dar por terminado el arriendo.

Al obligar esta ley al dueño á dar al inquilino interinamente casa en que viva, hasta que pueda volver á la primera, despues de ejecutados en ella los reparos necesarios, presupone, como es natural, la existencia de la finca, por consiguiente se ha declarado (S. 9 Mayo 1851), que no puede tener aplicacion cuando el antiguo edificio es demolido y se levanta otro sobre la misma área, de distribucion diversa y que no pudo ser objeto de un contrato celebrado con anterioridad á su edificacion.

En cuanto previene que arrendada una casa ó tienda por cuatro ó cinco años, puede el dueño desahuciar al inquilino si dejare de pagar la renta de dos años, se ha declarado, prescindiendo, si despues de la de 1842 está ó nó vigente, que no puede aplicarse cuando no ha sido objeto de la cuestion litigiosa el tiempo estipulado para la duracion del arrendamiento (S. 30 Junio 1865).

Importa además advertir que la ley trascrita no es aplicable al arrendamiento de prédios rústicos; en los cuales ni aun por la la necesidad sobreviniente del dueño puede ser despedido el arrendatario: *Cum mysterio lex tantum loquitur in æde et prædio urbano:* la ley contiene un privilegio que no se puede ampliar: la habitacion es parte de los alimentos (Gomez, núm. 6, *Var. Res.*).

Como el derecho es recíproco, puede el inquilino despedirse cuando la casa necesite urgentes reparaciones si el dueño no las hace. Y tambien cuando un vecino, levantando su casa, le quite las luces necesarias para su oficio: *Si, vicino ædificante obscurentur lumina cœnaculi..... quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est* (Ley 25, § 2.°, Dig. de *Loc.*).

### Artículo 2.°

*Enajenacion de la cosa arrendada.*

Ley 19.—[1]*Aviendo arrendado algun ome á otro, casa, ó heredamiento á tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprare, bien puede echar della al que la tiene alogada; mas el vendedor que gela logó, tenudo es de tornarle tanta parte del loguero, cuanto tiempo fincaba que se debia della aprovechar. Pero dos casos son en que el arrendador de la cosa arrendada, non podria ser echado della, maguer se vendiese. El 1.°, si fizo pleito con el vendedor cuando gela vendió que non lo pudiese echar della al que la toviese logada, fasta que el tiempo fuese complido á que la logó. El 2.°, cuando el vendedor la oviese logada para en toda su vida de aquel á quien la logara, ó para siempre tambien del, como de sus herederos. Ca por cualquier destos casos non la podria enagenar, para poderle echar della al que la tenia logada ó arrendada*; *ante decimos que debe ser guardada la postura.*

Es permitido al dueño vender la cosa arrendada antes de concluir el tiempo del arriendo, y el comprador puede espulsar de ella al arrendatario, abonándole el vendedor tanta parte de precio cuanto tiempo restase para su conclusion, menos en dos casos, si medió pacto en contrario entre el arrendatario y vendedor, ó cuando el arriendo se hubiese hecho para toda la vida del arrendatario ó por siempre.

El derecho romano habia decidido que el comprador no estaba obligado á respetar el arriendo hecho por el vendedor: *Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si.....* (Ley 9.ª, Cód. *Loc.*).

Esta decision no era peculiar al caso de venta de la cosa arrendada, sino que tenia del mismo modo lugar en el legado, usufructo, etc. El sucesor particular, cualquiera que fuese su título, estaba dispensado de cumplir el arriendo hecho por su causante, pues en el sistema de aquel derecho, este contrato solo producia obligaciones de persona á persona cuya violacion

no daba lugar en último resultado sino á la indemnizacion de daños y perjuicios. Cujas describe en una sola frase el pensamiento capital de esta teoría: *Et hæc ratio est quia colonus non habet jus in re quam conduxit, legatarius vero donatarius, fructuarius emptor, habent jus in re. Et merito igitur præferuntur colono.*

La ley de Partidas, fiel á sus principios, acepta esta consecuencia que no hay medio de rechazar sino trasformando el carácter del contrato, haciendo pasar el derecho del arrendatario de la clase de derechos *ad rem* á la categoría de derechos *in re*. Mas no reconoce esta facultad del vendedor sino á condicion de que restituya al colono el precio del arriendo á prorata del tiempo que falta hasta el término convenido.

¿Y gozará el colono de igual género de despedida? Hay una razon de analogía para creer que sí: *Actio personalis competens locatori non transit, sine cessione in singularem successorem.....* (Lopez).

¿En la obligacion del vendedor, se comprende la de abonarle los intereses? Lopez contesta afirmativamente: *Cum enim venditor potuit reservare jus coloni in venditione et non fecit, justum est, ut teneatur ad omne interesse coloni, vel inquilini* (Glosa 4.ª).

Gomez asienta la misma doctrina como cosa corriente: *Licet dominus, qui locavit, teneatur ad interesse, et é converso conductor potest recedere à conductione* (núm. 9).

Por la negativa pudiera alegarse que no se debe indemnizacion ninguna al arrendatario á quien se garantiza la facultad de abandonar el arriendo, si no le conviene, como si estuviese desligado completamente de su contrato, pero semejante razon es poco persuasiva. El contrato de arriendo crea en favor del arrendatario derechos perfectos, y es violento que el dueño pueda privarle de ellos por una trasmision caprichosa, tal vez mal intencionada. La ley romana que así lo ha tolerado, está basada en los ápices de un derecho estricto; pero ¿no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal, que nadie puede trasmitir á otro mas derecho del que el mismo tiene? ¿Y le conserva ó puede conservarle el arrendador que por condiciones préviamente estipuladas, ha consentido en traspasar al arrendatario el uso, el servicio de la cosa que habia sido objeto

del contrato? Creyóse (dice Goyena) que dando al nuevo propietario la facultad de espulsar al arrendatario, se prestaba favor á las ventas, y no se hizo mas que desalentar los establecimientos de agricultura y de la industria violando los principios. El interés del Estado mas que en el cambio frecuente de la propiedad consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de canales, en la desecacion de pantanos, en la formacion de prados artificiales y en el aumento de rebaños: para todo esto son muy útiles los arriendos largos y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja (Com. 1502).

No porque el dueño tenga esta facultad le ha de ser permitido usar de ella con perjuicio del inquilino, antes bien debe procurar que el comprador respete el arriendo: *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit; curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione, et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto* (25, tít. II, lib. XIX, Dig.).

La primera escepcion, á saber: cuando hubiese mediado pacto entre el arrendatario y el dueño, es conforme con la citada ley 9 del Código: *Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonæ fidei judicio (ei) quod placuit parere cogetur.*

La segunda tiene lugar cuando el arriendo se hizo por toda la vida del arrendatario ó para siempre, tambien de él *como de sus herederos*. Gomez cree aplicable esta doctrina al arrendamiento hecho por diez ó mas años..... *Et infertur, quod si colonus, vel inquilinus conduxisset ad longum tempus, puta per decem annos, vel quoad vitam, quo casu habet jus in re saltem utile, talis colonus, vel inquilinus non posset expelli, si habet jus retentionis* (Núm. 9, id). De la misma opinion es Covarrubias, lib. II, Var., cap. XV, núm. 2.

Gregorio Lopez, en la glosa 7.ª, se inclina á lo contrario, recordando que algun testo del derecho romano habia producido esta duda, y que tal vez para acabarla se dictó la ley con términos precisos: no creyéndose, sin embargo, seguro en su opinion, añade: *sed quia parum fido inventionibus meis, tu cogita.*

El arrendamiento hecho de por vida, equivale á una conce-

sion del dominio útil sobre la cosa, por lo que en sentir de este jurisconsulto compete al arrendatario una accion real: *transit enim utile dominium ex tali conductione ad longum tempus...*

La doctrina de esta ley es tan terminante que la jurisprudencia, ni aun por vía de equidad, se ha creido con derecho á modificarla. Por reiteradas sentencias de 29 de Mayo y 12 de Setiembre de 1863, y 4 de Diciembre de 1866, el Tribunal Supremo ha declarado que el arrendamiento hecho por el vendedor de la finca arrendada, no obliga por regla general al comprador sino en los casos de escepcion aquí establecidos, ó los que respecto á ciertos arrendamientos consigna tambien la ley hipotecaria (S. 17 Abril 1868).

Se ha modificado un tanto su rigor por la inteligencia que se ha dado á las prescripciones de la ley de 8 de Junio de 1813, las cuales, conformes en este punto con la 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Recop., previenen que los arrendamientos, sin tiempo determinado, puedan disolverse por voluntad de cualquiera de las partes, pero avisando á la otra un año antes. Promovida cuestion sobre si el nuevo dueño de unas tierras podia desde luego despedir de ellas al colono á pesar de haber contrato pendiente con el vendedor, se declaró (S. 12 Setiembre 1863) que la presente ley está subordinada á las prescripciones de la de 1813, que ordena que los arrendamientos puedan disolverse por voluntad de cualquiera de las partes, pero avisando á la otra un año antes.

### Artículo. 3.°

*Conclusion del término.*

Ley 18.—[1]*Complido seyendo el tiempo del arrendamiento ó del loguero, debe ser tornada la cosa que asi fuere dada á su señor.* [2]*E si fuere rebelde el que la tuviere, non la queriendo entregar, asi como sobredicho es, fasta que fuese dado juicio contra él, débela tornar despues doblada á aquel que gela arrendó ó á sus herederos.* [3]*Otrosi cuando algun menoscabo aviniere en aquella cosa por su culpa, débelo pechar.*

El arrendamiento puede celebrarse con ó sin designacion de plazo cuya circunstancia influye poderosamente para la resolucion de este contrato.

Cuando se haya señalado término, concluye una vez que este haya llegado, sin necesidad de que medie aviso por parte de ninguno de los interesados.

Por Real cédula de D. Cárlos III, fecha 26 de Mayo 1770, se dispuso que el dueño y el colono debian avisarse al principio del año último estipulado, pues de lo contrario permaneciendo tres dias mas en el arriendo se entenderia prorogado, como diremos luego, por otro año mas.

Como de esta disposicion, aunque no envolvia idea de privilegio, resultaba alguna limitacion al derecho de propiedad, derogáronla los legisladores de Cádiz por su conocido decreto de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, disponiendo en el art. 5.° que los arrendamientos de tierras ó dehesas ó cualesquier otros prédios rústicos por tiempo determinado, fenezcan con este sin necesidad de mútuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquier clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño cualquiera que haya sido la duracion del contrato.

La ley de Partida estendia su disposicion al arrendamiento de prédios urbanos. Aunque con menos seguridad puede afirmarse lo propio de la citada cédula de 1770, pues habla de arrendamiento de tierras, fundos y *posesiones de particulares*. Si el Real decreto citado de 1813 se ocupó de él, fué indirectamente modificando ó derogando las leyes recopiladas. Pero la de 9 de Abril de 1842 está terminante en su art. 2.°, que dice, si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento, cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni por otra parte.

Contraido el arrendamiento sin tiempo fijo, se presume que las partes se reservaron, una y otra, el derecho de ponerle término cuando lo tuviesen por conveniente, bajo la sola restriccion de comunicarse anticipadamente su propósito. Este término es de un año para los arrendamientos rústicos, y para los

urbanos el de cuarenta dias ó el término establecido en el pueblo por costumbre.

La obligacion de avisarse con anticipacion supone virtualmente el exacto cumplimiento por ambas partes de las condiciones del mismo contrato; pues si alguna de ellas falta á lo estipulado, no puede gozar de los beneficios que respectivamente concede la ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Recop., y deben observarse las prescripciones de la 5.ª, tít. VIII, Part. V (S. 14 Diciembre 1858, y 9 Junio 1860), segun la cual si el arrendatario no paga la renta en los plazos estipulados, puede ser desahuciado de la finca arrendada. Por consiguiente, cuando el arrendamiento es por tiempo indeterminado no solamente cesa cuando se da el indicado aviso prévio, si no cuando el colono no satisface la renta (S. 28 Abril 1865).

Respecto á la manera de dar este aviso nó hay forma determinada por la ley. Sin embargo, está declarado (S. 8 Noviembre 1867), que el requerimiento del propietario al que ocupa su finca para la celebracion de un nuevo arrendamiento, es una verdadera manifestacion de su propósito, de poner término al anteriormente celebrado por indeterminado plazo y tiene carácter legal de desahucio. Sirve tambien de aviso prévio el acto conciliatorio en que se reclama la entrega de la finca arrendada (S. 9 Abril 1864).

Ambos artículos, el 5.° y el 6.°, al establecer los mútuos derechos de los propietarios y colonos de prédios rústicos, suponen siempre la existencia del contrato de arrendamiento, celebrado ya á plazo cierto, ya por tiempo ilimitado, y no concede derecho alguno al que abusivamente se introduce á labrar la finca, y menos al que deja de labrarla para cederla á otro (S. 17 Noviembre 1866).

Todo dueño puede ejercitar la accion de desahucio contra el que disfrute la finca únicamente en concepto de arrendatario (S. 18 Octubre 1867), sin que sea aplicable al caso la ley 39, tít. XX, Part. III, que impone al actor el deber de probar su accion (S. 26 Junio 1868).

Para los efectos de la ley se presume dueño el que hizo el

arriendo, sin que tenga necesidad de probar su dominio si se limita á pedir por accion del contrato, es decir, que no ejercite una accion reivindicatoria (Glosa 1.ª).

Si el arrendatario se resistiera á entregar la cosa hasta ser vencido en juicio, débela en este caso restituir doblada al dueño ó á sus herederos. Copia la ley este caso de la 34 del Cód.: *non solum rem locatum, sed etiam æstimacionem ejus victrici parti ad similitudinem invassoris alienæ possessionis præbere compellantur*. Pero las penas del duplo no están en uso, y en su lugar el arrendatario contumaz pagaria las costas y la indemnizacion de perjuicios.

Terminado el contrato de arrendamiento debe el arrendatario restituir la cosa arrendada, é indemnizar al dueño de los daños y perjuicios que por no entregarla se le sigan hasta que recaiga sentencia contra él (S. 29 Noviembre 1861).

### Artículo 4.º

*Desahucio.*

Sirve de complemento á las leyes de inquilinato la del Enjuiciamiento civil, que reglamentando el juicio de desahucio distinguió entre el caso de haber cumplido el término del arriendo, el cual sujetaba á un procedimiento breve, sumario y verbal, y todos los demás casos en que dejaba á voluntad de los arrendatarios el convertir el juicio en ordinario, mediante la manifestacion de no conformarse con los hechos espuestos y fijados en la demanda. El legislador, contra su voluntad, abrió con este recurso ancha puerta á la mala fé; pues negándose, por lo comun, los fundamentos de la demanda, se obligaba á los dueños á los gastos y dilaciones de un juicio ordinario seguido por todas las instancias. Habiendo llegado á generalizarse el abuso, un celoso diputado presentó en la legislacion de 1865 una proposicion de reforma de varios artículos de Enjuiciamiento, entre ellos como principales, los concernientes al título de desahucio. La Comision nombrada dió su dictámen, que puede verse en el apéndice 1.º al núm. 102 del *Diario de Sesiones*, y

el cual estendió y firmó como secretario el que escribe estas líneas; mas aunque aprobado por el Congreso no pudo convertirse en ley por lo avanzado de la estacion, que impidió que se discutiese en el Senado.

Aquellos trabajos, sin embargo, no fueron perdidos; antes bien sirvieron de base al nuevo proyecto presentado por iniciativa del Gobierno en la siguiente legislatura, y el cual despues de una razonada discusion en ambos Cuerpos Colegisladores, fué publicado como ley en 22 de Junio de 1867.

La reforma, en cuanto á nuestro objeto conduce, comprendia los siguientes estremos.

El art. 638 de la ley disponia que cuando la demanda de desahucio se fundara en el cumplimiento del término estipulado, el juez mandará convocar al actor y al demandado para un juicio verbal. Este artículo se sustituyó por otro que establece dicho juicio, siempre que la demanda de desahucio se funde esclusivamente en una ó mas de las causas que á continuacion se espresan: 1.ª En el cumplimiento del término estipulado en el arrendamiento de una finca rústica ó urbana: 2.ª En haber espirado el plazo del aviso que debiera darse, con arreglo á la ley, á lo pactado, ó á la costumbre general de cada pueblo: 3.ª En la falta de pago del precio estipulado: 4.ª En la infraccion manifiesta de cualesquiera de las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento.

No se han escatimado los legítimos derechos de defensa; pero como se amontonaban los recursos con el objeto, segun se ha dicho, de ganar tiempo, se ha dado al art. 662 la siguiente redaccion.

»Esta sentencia es apelable en ambos efectos. El juez no admitirá la apelacion, si, al interponerla, no acreditase el arrendatario que ha satisfecho los plazos vencidos y los que debiera pagar adelantados. Si no lo acreditase quedará desde luego firme, y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia.»

El art. 667 se ha adicionado con los siguientes párrafos. »Si se interpusiere por el arrendatario recurso de casacion contra dicha sentencia, no podrá ser admitido, caso que proceda, si al

interponerlo no acredita aquel tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba adelantar.» «El mismo recurso, una vez admitido, y cualquiera que sea su estado, se considerará desierto si durante su sustanciacion dejaren de pagarse rentas vencidas, ó de satisfacerse las que corresponda adelantar.» «El págo de las rentas se acreditará con el recibo del propietario, ó de su administrador ó representante.»

## § VI.

### *De la reconduccion.*

Ley 20.—[1]*Heredad de pan, viña, huerta ó cosa semejante, teniendo un ome de otro arrendada para labrarla, é esquilmarla, fasta tiempo cierto; si despues que el tiempo fuere cumplido, fincase en ella por tres dias, ó mas, que la non desampare aquel cuya es, entiéndese que la ha arrendada por aquel año que viene, é es tenudo de dar por ella, tanto cuanto solia dar en un año de los pasados.* [2]*Mas si fuese casa, torre ó otro edificio non seria asi: ca es tenudo el que la casa tiene logada de dar por aquel tiempo que la tuviere demas, cuanto y durare, ó viviere; contandolo segun el tiempo pasado. E la razon por que ha este departimiento entre el arrendamiento de las heredades é de las casas es esta; porque aquel tiempo que tuviere demas la heredad de lo que debia, podria ser en tal sazon, que despues non fallaria el señor á quien la arrendase, é perderia por ende la renta, é el fruto dese año; mas en las casas non es asi, que en todas las sazones del año, se puede ome servir dellas, ó las puede ome logar.*

La tácita reconduccion tiene lugar cuando á la conclusion del término continúa el arrendatario en posesion del arriendo. Este hecho induce la presuncion de que las dos partes han tenido la intencion de prorogarle por la tácita.

Los jurisconsultos romanos buscaron su fundamento jurídico en la idea sencilla y verdadera de que siendo un contrato que no requiere ninguna solemnidad, puede formarse por el

consentimiento tácito; de modo que cuando el arrendatario dá muestras de quererlo ser continuando el arrendamiento, y el dueño presta su conformidad no despidiéndole, ambos convienen tácitamente en el nuevo arriendo. Ley 13, § 11, tít. II, libro XIX, Dig.: *Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxissi videbitur, sed etiam pignora videntur durare, obligata..... Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est; ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis..... In urbanis autem prædiis alio jure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur; nisi in scriptis certum tempus conductione comprehensum est.*— Ley 14, id.: *Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique disiderant, sed nudo consensu convalescunt...*

El derecho pátrio ofrece un ejemplo de esta especie de arrendamiento en la ley 8.ª, F. R. *Quien tuviere casa ó otra raiz cualquier arrendada, ó logada á plazo sabido, y despues del plazo la tuviere, y el dueño gelo consintiere, no gela puede dejar por aquel año primero que viene: é dé la renta de aquel año segun que ante daba... ca bien semeja que amos quisieron estar en aquel pleito para otro año, pues que el dueño no gela tomó al plazo, ni el otro no gela dió.*

El Código alfonsino echó sus bases en la ley trascrita, cuyo resúmen es el siguiente:

Si la cosa arrendada fuese tierra, se entiende renovado el arrendamiento por un año, si el arrendatario permanece en ella tres dias, debiendo, pagar en su razon el mismo premio que en cada uno de los pasados; si fuese casa solo se entiende la renovacion por los dias que la habitó, consistiendo la disparidad en la que existe entre prédios rústicos y urbanos para preparar su cultivo y aprovechamiento.

La reconduccion es pues un contrato que se presume tácitamente celebrado entre el dueño y el arrendatario, cuando despues de la terminacion del plazo del anterior arriendo éste continúa en el disfrute de la cosa y el otro no lo contradice.

Las leyes romanas callaron sobre el término necesario para inducir por la tácita la renovacion del arriendo. El Fuero Real consideró prorogado por un año el arrendamiento con plazo fijo si á la conclusion del plazo el arrendatario continuara en el uso de la cosa con aquiescencia del dueño. El Código de Partidas exigió, como se ha visto, la permanencia por espacio de tres dias despues de terminado el arriendo, si fuere de prédio rústico; y no concedió la renovacion siendo el arriendo de prédio urbano sino limitadamente ó por los dias que la habitó. A fines del pasado siglo que empezaron á hacerse lugar ciertas doctrinas económicas, publicó Cárlos III la siguiente:

Ley 3.ª, tít. X, lib. X, Nov. Recop.—*En los arrendamientos de tierras, fundos y posesiones de particulares quedan en libertad sus dueños para hacerlos como les acomode, y se convengan con los colonos; y se previene que en el principio del último año estipulado tengan obligacion el dueño y el colono de avisarse para su continuacion ó despedida, como mútuo desahucio; y faltando el aviso del último año, si solo se hiciere en el fin de este, se entienda seguir el año inmediato, como término para prevenirse cualquiera de las partes, sin que los colonos tengan derecho de tanteo, ni á ser mantenidos mas que lo que durare el tiempo estipulado en los arrendamientos, escepto en los paises, pueblos ó personas en que haya ó tengan privilegio, fuero ú otro derecho particular; y no se comprehenden en esta providencia los foros del reino de Galicia, sobre los cuales se debe esperar la real resolucion.*

La anterior ley despues de mantener y proclamar la absoluta libertad de los dueños para arrendar sus cosas en los términos que les acomode, previene que en el principio del último año estipulado, tengan obligacion el dueño y el colono de avisarse para su continuacion ó despedida con mútuo desahucio.

La agricultura es tan grande elemento de riqueza, sobre todo para ciertos paises, que ha merecido en el nuestro no pocas exenciones y privilegios. Por Real provision del Consejo de 20 de Diciembre de 1768, se mandó á todos los corregidores y justicias que no permitieran se despoje á los renteros de tierras

y despoblados de las que tuvieran en arrendamiento, haciendo así estensiva á todo el reino la posesion que á virtud de ejecutorias antiguas y modernas, gozaban los labradores de la tierra de Salamanca, para no ser despojados de las tierras y pastos arrendados por beneficio de la agricultura.

Por Reales cédulas de 6 de Diciembre de 1785 y 8 de Setiembre de 1794 (Ley 4.ª y su nota, tít. y lib. X, Novísima Recopilacion), se previno que los dueños ó propietarios de tierras, acabados los contratos ó arrendamientos pendientes no pudiesen despojar á los arrendatarios con pretesto de cultivar la tierra por sí mismos si no concurria en ellos la circunstancia de ser antes labradores con el correspondiente ganado de labor y al mismo tiempo residentes en los pueblos en cuyo distrito estaban las tierras.

En esta contienda de opiniones, favorables unas á los antiguos privilegios, y otras inclinadas á someter la agricultura á la ley comun, se publicó el referido decreto de 1813, cuyo artículo 5.º dispone: que si tres dias ó mas despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones, añadiendo que durante el tiempo estipulado se observen religiosamente los arrendamientos, sin que el dueño, ni aun con pretesto de necesitar la finca para sí mismo, pueda despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca ó faltar á las condiciones estipuladas.

Aunque el decreto no se ocupó de los prédios urbanos, pues las casas no son como las heredades, sino que pueden arrendarse en cualquiera estacion del año, se aplicó por analogía á dichos arriendos cuando fuera costumbre hacerlos en épocas determinadas, como, v. gr., por Navidad ó San Juan, y no fuese fácil que el dueño encontrase otro arrendatario en el intermedio. Esta opinion encontraba su apoyo en la distincion de antiguo hecha por los prácticos entre el plazo natural que es el dia señalado, y el convencional ó ficticio que se determina por la percepcion de frutos. Pero la dificultad ha sido resuelta por la

ley de 9 de Abril de 1842, en cuyo art. 2.° se dispone: que si cumplido el tiempo fijado en el arriendo de casa, continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el prédio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallase adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias.

La tácita reconduccion, sin embargo de estar fundada en la voluntad presunta del dueño, *sciente et patiente domino,* no pasa de aquel año, aunque el contrato comprenda muchos mas. Esta regla iniciada en las citadas leyes tuvo orígen en el derecho romano.... *ita accipiendum est; ut in ipso anno quo tacuarunt videantur eandem locationem renovasse non etiam in sequentibus: et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni præstitutum*..... (Ley 13).

Y tiene lugar entre las partes con todos los vínculos y cláusulas accesorias puestas en el primer contrato siempre que dependan de su voluntad, como la hipoteca, término de la paga ú otra semejante, mas no si dependen de la voluntad de un tercero como la fianza..... *Non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore obligatione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius* (§ 11, ley 13, Dig. de *Loc.*).

Cuando terminado el plazo del arrendamiento, aquel y el arrendatario convienen en que este permanezca por algun tiempo en la casa arrendada, sin mas espresion, equivale esto á una próroga del contrato, sin alterar, ni modificar el precio, ni las demás condiciones del mismo (S. 24 Febrero 1865).

## § VII.

### *Arrendamiento de obra y de industria.*

Esplicado el arrendamiento de cosas pasa el legislador á hablar del de obras y servicios. Hay entre estas dos especies la distancia que separa la materia inanimada de la actividad humana y la inteligencia industriosa. No obstante esta diferencia

entre el motivo de ambos contratos, tienen puntos de contacto bajo otro aspecto: los dos pertenecen al derecho de gentes, y son consensuales y conmutativos: los dos exigen tres condiciones: cosa, precio y consentimiento; por lo que el contrato de obra toma del de arrendamiento, propiamente dicho, sus principales teorías.

Parece depresivo de la dignidad, y el lustre que acompaña á ciertas profesiones, suponer que pueden ser objeto de arriendo, decir que sus servicios se pagan con dinero; pero consultadas las leyes romanas y las glosas de sus célebres intérpretes, se ve que no prescindieron de la opinion que abate ó ensalza determinadas profesiones, y que marcaron convenientemente la diferencia que existe entre las obras de mano y las creaciones de la inteligencia.

Los jurisconsultos romanos, analizando los diversos trabajos en que puede ocuparse la actividad humana, establecieron reglas análogas para la profesion del agrimensor, del maestro, del abogado, médico, notario, etc.. y las industrias mecánicas. Su sistema es perfectamente homogéneo y racional: descansa sobre el principio de que el precio es la condicion necesaria del arrendamiento de obra, por lo que todo trabajo gratuito, y lo mismo todo trabajo liberal, y por consiguiente inestimable, no da lugar á un contrato de arrendamiento de servicios, así es que debe buscarse en el mandato la regla que fije y determine la posicion de las partes. El mandato no pierde su carácter aunque se recompense por un honorario, un oficio inestimable; pues de la misma manera que una donacion remuneratoria no deja de ser donacion, el mandato remunerado no cesa de ser mandato.

Ulpiano pasa revista á las profesiones liberales, algunas de las que le inspiran profundo respeto: la enseñanza del derecho, de la filosofía; habla luego de los abogados, de los médicos, de los notarios, y les concede una accion estraordinaria ante el presidente de la provincia, con tal que sus honorarios no pasen de los justos límites; *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur*. Esta accion estraordinaria les era indispensable, porque

no siendo locadores de obras carecian de la accion *locati*: su derecho á percibir un honorario, aun habiendo sido arreglado por una convencion, sale de las reglas ordinarias del derecho, y toma mas bien su principio en un deber de equidad ó en un deber de reconocimiento.

El hombre no trabaja solo por dinero, trabaja tambien por la gloria, por la patria, por la humanidad. Esto produce desigualdades necesarias entre las personas. Las unas son subalternas, en general todas las que especulan sobre las necesidades físicas del hombre: estas tienen por fin el interés y se pagan por dinero. Las otras, más levantadas, se dirigen á las necesidades morales del hombre; y ora le tienden la mano en sus reveses, ora aspiran á perfeccionarle y civilizarle. En efecto, no son estas profesiones las que un filósofo de la antigüedad, Posidonio, llamaba sórdidas.

Este mismo espíritu preside en las leyes de Partida: entenderlas de otra manera seria hacer un agravio al monarca legislador que mas enalteció las profesiones, prodigando honras y mercedes á los maestros de las ciencias y de las artes: la palabra salario que emplean no significa precio, es sinónima de merced, lo cual no es lo mismo. Cujas ha llevado hasta la evidencia esta importante distincion: *Nec procurator locat operas suas quamvis salarium sit et esse possit. Mandatum recipit salarium, quod procuratori præbeatur. Recipit honorarium, et peracto mandato, remunerationem. Mercedem, id est prætium operæ non recipit; hæc est notissima.—Salarium non esse mercedem, sed honorarium sive honorem.*

### Artículo 1.°

*Reponsabilidad consiguiente al ejercicio de ciertos cargos y profesiones.*

Ley 9.ª—[1]*Los júzgadores de la Corte del rey, é los otros oficiales de su casa, é los maestros de las ciencias que han salarios ciertos cada año del rey, ó del comun de alguna cibdad ó villa, desque oviere comenzado de usar de su oficio cada uno dellos, maguer se muera despues, ante que el año se cumpla, deben aver*

*sus herederos todo su salario de aquel año, bien asi como si lo oviese servido, por razon de aquel tiempo que usó de su oficio, cuanto quier que sea. Esto es, porque non fincó por el de complir, é facer lo que debia: mas por ocasion que le contesció que non pudo desviar.* [2]*Mas si algun abogado pleitease con algun ome que razonase por él algun pleito, maguer haya comenzado el pleito, non debe aver todo el salario, si non razonase todo el pleito fasta que sea acabado; ante decimos que si se muriese despues que el pleito es comenzado, sus herederos deben aver tanta parte del salario, cuanto fallaren en verdad, que avia merescido, é non mas. Pero si quisieren dar otro abogado que sea sabidor para razonar el pleito, fasta que sea acabado, debengelo recibir; é estonce debenles dar todo el salario.* [3]*Eso mismo decimos de los menestrales que pleiteasen algunas obras, é prometieren de las complir por cierto precio; que si se murieren ante que las acaben, deben aver sus herederos aquello que ovieren merecido ellos, é non mas. Pero si todo el precio quisieren demandar, deben dar otros menestrales tan sabidores como aquellos que finaron que acaben las obras.*

Los jueces de la Corte, oficiales del rey, ó los profesores de las ciencias ajustadas por años, y que muriesen habiendo principiado á usar de su oficio, trasmiten á sus herederos el derecho al sueldo entero, porque no fué culpa suya dejar de hacer lo que debian.

La administracion de justicia, y la instruccion pública, son hoy funciones regidas por disposiciones análogas á las demás carreras del Estado; pero la ley considera libre el ejercicio de estas profesiones, como se concibe que pudiera serlo todavía alguna de ellas, y dice que si tales funcionarios hubiesen sido ajustados y pagados por años, no pierden por su muerte el derecho al salario, sino que le trasmiten á su heredero. Hablando de los abogados, si bien considerando esta como una profesion libre, dice la ley 1.ª, § 13, tít. XIII, lib. 50, Dig.: *Divus Severus ab hæredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti: quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.*

De aquí no puede sacarse una consecuencia perjudicial para

el lustre de estas profesiones. Paulo habla en un mismo pasaje del abogado y del locador de servicios: *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas præstet. Advocati quoque si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent* (Ley 38, Dig. de *Loc. cond.*).

Podria creerse con alguna apariencia de razon que á los ojos de este jurisconsulto, no hay gran distancia entre el abogado y otro industrial; pero la palabra *honorarium* de que cuidadosamente se vale, destruye la fuerza de esta interpretacion y prueba que busca la analogía mas bien que la identidad.

Seguida la consecuencia lógica de los principios, porque no debe creerse que fuera la mente del legislador establecer una escepcion, el precepto en tanto tendrá lugar en cuanto el pago se haga de una vez *quando una præstatio tantum erat facienda pro toto anno*, como fué la opinion de los intérpretes, y se infiere por la cláusula de la ley que *han salarios ciertos cada año.*

Mas si un abogado se comprometió con un particular á defenderle un pleito y murió sin concluirle, aunque ya le hubiese comenzado, no cobrará íntegros los honorarios, antes bien sus herederos recibirán la parte que hubiese devengado, y nada mas, salvo que quisieran dar otro igualmente instruido para seguirle hasta la conclusion.

Como esplicando el capítulo anterior, hemos citado una ley que dice al parecer lo contrario, para salvar esa antinomia se ha de entender que la nuestra, ó habla de un servicio convenido sin precio cierto, ó sea un tanto alzado; ó bien del caso en que un abogado hubiese ofrecido defender hasta terminar un pleito. A esta condicion pudiera corresponder el derecho de los herederos de buscar otro que le concluyese; pero no es regular que así suceda; pues los servicios personales como actos de confianza reciben difícil sustitucion.

Lo dicho anteriormente comprende á los jornaleros que ajustasen por cierto precio algunas obras: sus herederos no pueden pretender todo el salario, sino la parte correspondiente á la obra concluida: el todo no lo pueden pedir sino dando otros igualmente entendidos que la terminen.

*Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris, in hæc verba: cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilæ solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti fidem contractui impleri æquum est* (§ 9.°, ley 19, *Loc. cont.*, Dig.).

Como el contrato pudiera haber llevado por condicion la terminacion de la obra, los herederos, lo mismo que en el caso anterior, solo tendrian derecho al precio íntegro, buscando otro igualmente apto que se encargara de terminarla. Esto no es frecuente en ajustes que por lo comun se hacen atendiendo á la industria de las personas, pero es una solucion ó un modo de acabar cuestiones en obras de larga duracion, cuyos artífices mueren sin concluirlas.

De lo dispuesto por esta ley respecto á los menestrales encargados de la ejecucion de alguna obra, ha nacido la cuestion de si podria aplicarse su precepto á las obras que requieren conocimientos científicos ó artísticos especiales, y se ha declarado (S. 8 Octubre 1867), ser doctrina constante admitida por jurisprudencia, que cuando se encarga una obra á determinada persona por razon de su industria ó sus cualidades personales se rescinda el contrato á su fallecimiento, porque falta lo que constituye el principal elemento de la obra y no puede por tanto pasar á los herederos la obligacion ni el derecho de continuarla, si bien lo tienen á que el dueño de ella les abone, como es justo, el valor de la parte ejecutada y el de los materiales preparados que pueden serle de utilidad.

Ley 10.—[1]*Quierense los omes á las vegadas mostrar sabidores de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños á los que non los conocen, é los creen; é decimos que si algun orebce rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, ó en otra cosa por precio cierto, é la quebrantase engastonándola, por non ser sabidor de lo facer, ó por otra su culpa: debe pechar la estimacion de ella, á bien vista de omes buenos, é conoscedores destas cosas.* [2]*Pero si él pudiere mostrar ciertamente que non avino por su culpa, é que era sabidor de aquel menester, segun lo eran los demas omes que usan del comunalmente, é*

*que el daño de la piedra acaesció por alguna tacha que avia, así como algun pelo ó alguna señal de quebradura, que era en la piedra, non seria tenudo de la pechar. Fueras si cuando la rescibió para engastonar, fizo tal pleito con el señor della, que como quier que acaesciese, si la piedra se quebrantase, que él fuere tenudo de la pechar. *Esto que dijimos de los orebces se entiende de los otros maestros, é de los físicos, de los cirujanos, é de los albéitares, é de todos los otros que resciben precio para facer alguna obra, ó melecinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa, ó por mengua de saber.*

El derecho romano para graduar la responsabilidad contraida en el ejercicio de ciertas industrias, hizo distincion entre el caso de que un artífice trabajase sobre cosa ajena ó que emplease el trabajo sobre cosa propia.

La ley se ocupa del primero de estos dos casos y resuelve la dificultad distinguiendo á la vez, si el daño ó la pérdida sobrevino por falta de pericia ó sea por su culpa ó si tuvo lugar por accidente fortuito.

El artista que destruye una cosa por su culpa, es responsable de esta falta. El arrendamiento de obras lleva implícita esta regla de la cual la ley hace aplicacion en un oficio determinado.

Si un platero recibe una piedra preciosa para engastarla en una sortija y la quebrase por no saberlo hacer ú otro defecto, debe pagar su estimacion á vista de hombres buenos.

Tan palpable es la justicia de esta máxima, que no hay necesidad de apoyarla en ningun testo. El derecho pátrio en épocas diversas ha repetido siempre la misma disposicion. La ley 2.ª, tít. XXIII, lib. VIII, Nov. Recop., dice: *Mando que si algunos obreros de los que obraren cualesquier de los dichos oficios, dañaren alguna obra de las que son á su cargo de hacer que sean obligados de pagar el daño que hicieren en las dichas obras á su amos, y sus amos á sus dueños de las tales obras, quier lo dañen sus obreros ó no.*

Aquí está deslindada la doble responsabilidad que puede nacer de esta falta, á saber, la del obrero con el maestro y la de este para con el dueño de la cosa.

No le seria imputable la pérdida si teniendo los conocimientos usuales ó comunes á los de su oficio, pudiere probar que el daño ocurrió por defecto de la cosa, como pelo ú otra quebrara, á menos que se encargase de la obra con esta condicion.

La regla y la escepcion están de acuerdo con lo dispuesto en el § 5.° del fragmento 13, Dig. id., que dice: *si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio; si imperitia facientis erit...*

La impericia está asemejada á la culpa, conforme á la opinion de Ulpiano (fragmento 9.°): *Celsus etiam imperitiam culpæ adnumerandam*, Lib. VIII, Dig. *scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum præstare debere; et quod imperitia peccavit, culpam esse; quippe ut artifex (inquit) conduxit* (§ 5.°).

Y no se exigen al artista conocimientos especiales, bastan los comunes, como lo atestigua la ley, y el comentador hace notar diciendo: *quod sufficit mediocris scientia.*

El daño ocurrido por defecto de la cosa, seria imputado al artífice, si lo hubiese tomado á su riesgo, condicion prevista tambien por el derecho, aunque ocurrirá pocas veces: *Nisi periculum in se receperit, tunc enim etsi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio* (Dig., ley 13, § 5.°).

La prescripcion de la ley es general á todos los oficios. Los otros maestros, los físicos, cirujanos, albéitares y cuantos ejercen una profesion por precio ú honorario, pagan los daños que causen, si erraron por culpa ó por ignorancia.

Como recuerdo, y nada mas, advertiremos que el comentador cita la ley 1.ª, tít. XVI, lib. IV del Fuero Real que determina las penas en que incurren los médicos que, con abuso ó ignoracia de su profesion, causan ciertos daños.

Ley 11.—*Reciben los maestros salarios de sus escolares por mostrarles las ciencias; é así los menestrales de sus aprendices para mostrarles sus menesteres; porque cada uno de ellos es tenudo de enseñar lealmente, é de castigar con mesura á aquellos que resciben para esto. Pero este castigamiento debe ser fecho mesuradamente é con recabdo, de manera que ninguno dellos non finque lisiado, nin ocasionado por las feridas que le diere*

*su maestro, é decimos que si alguno contra esto ficiese, é diese ferida, aquel que mostrase de que muriese ó fincase lisiado, si fuere libre el que recibiere el daño, debe el maestro facer enmienda de tal yerro como este, á bien vista del juzgador é de omes buenos.*

Ordenando las obligaciones de los maestros, era natural que la ley les señalase las que tienen con sus escolares y aprendices, mayormente cuando sobre esto habia en el derecho romano testos repetidos que podian servir de modelo.

Pero ni la ley tiene lugar adecuado en el contrato de arrendamiento, ni aunque quisiéramos esplicarla, basta que sea una del título, tendria utilidad su exámen por falta de observancia. Con fecha 25 de Agosto de 1834, se espidió una Real órden mandando abolir en todos los colegios y casas de educacion de la Monarquía el castigo de azotes y cualquier otro que pueda causar lesion en los miembros, procurando los directores y maestros corregir los defectos de los alumnos por los medios de la emulacion y del ejemplo, y con privaciones que no puedan producir funestas consecuencias en lo físico ni en lo moral. Y por decreto de las Córtes de 17 de Agosto de 1813, restablecido en 31 de enero de 1837, se prohibe la correccion de azotes en todas las enseñanzas, colegios, casas de correccion y reclusion y demás establecimientos de la Monarquía bajo la mas estrecha responsabilidad.

Ley 12.—*Seda, ó cendales, ó paños de lino, ó otra cosa semejante recibiendo un ome de otro para teñir ó para lavar, ó para coser; si despues que lo oviere recibido, lo cambiase á sabiendas, ó por erranza, dándolo á otro en lugar de lo suyo; ó se perdiese, ó se empeorase, rompiéndolo, ó dañándolo ratones, ó por otra su culpa; tenudo es de le pechar otro tanto, é tal, é tan bueno, como aquello que avia recibido, ó la estimacion dello, á bien vista del juzgador, é de omes buenos que saben de estas cosas.*

Si uno recibe seda, telas ó paños para teñir, lavar ó coser, y lo cambia á sabiendas ó por equivocacion ó da lugar por su culpa á que se pierda ó deteriore, está obligado á devolver otro

tanto y tal y tan bueno como lo que recibió ó su estimacion á regulacion de peritos.

La disposicion trascrita es testual el párrafo 6.° del citado fragmento (13) de Ulpiano: *Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur: quia debuit ab hac re cavere: et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur: etiamsi ignarus fecerit.*

No es solo este oficio, todos los que reciben prendas ajenas, deben cuidar de ellas, y aceptar el compromiso de su devolucion: los que por incuria dejan de hacerlo, si no dan el equivalente, deben el precio. La regulacion se hace á juicio de peritos.

Ley 15.—*Pastores, ó otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada de los señores dellos, por guardallos, deben ser acuciosos, é se deben trabajar, quanto pudieren, en guardarlos bien, é lealmente, de guisa que non se pierdan, nin reciban daño de ninguna cosa por mengua de lo que deben ellos facer; é debenles catar logares convenientes, é buenos, do sopieren que son las mas buenas pasturas, é buenas aguas, por do los traian, segun conviene á las sazones del año, tales en que puedan estorcer sin peligro del frio, é de las nieves del invierno, é de las calenturas del verano. E los que contra esto ficieren, non poniendo y tal guarda, en cuanto pudieren, tenudos son de pechar cada uno dellos al dueño del ganado todo el daño é menoscabo que viniere por su culpa. Si por aventura alguno dellos dijere que cuando el daño avino en los ganados, non fué por su culpa, mas que poniendo y toda su guarda, acaesció el daño, é non le pudo escusar; debe ser oido: é si probare por algunas señales ciertas, ó en otra manera é jurare que así acaesció, débele valer: é por lo que probare é jurare, non lo debe pechar. Fueras si el señor del ganado pudiere probar que le avino por culpa del pastor, ca estonce non le debe dar la jura.*

La industria pecuaria contribuye de tal suerte á la riqueza de los pueblos, que no es estraño, y menos en su época, que la dedicara una ley el Código de las Partidas. La que dejamos trascrita, no tiene otra igual en los testos imperiales; si bien,

como hace el comentador, puede esplicarse por varias de aquel orígen. Su doctrina por lo demás es sencilla. Los pastores ú otros que reciben salario por guardar ganados, deben cuidar de ellos esmeradamente procurándoles aguas y los mejores pastos segun las estaciones; si no lo hacen, están obligados á abonar al amo todo el daño que les causaren por su culpa. Si alegaren que el daño ocurrió sin poderlo evitar, y á pesar de haber puesto el mayor cuidado, y pudieren probarlo por señales ciertas ó de otra manera ó por juramento, entonces nada tienen que pagar, aunque no se les admitiria al juramento contra pruebas directas ó manifiestas hechas por el dueño del ganado.

### Artículo 2.°

*Arrendamiento de trasportes.*

Ley 13.—*Afletada aviendo algun ome nave, ó otro leño para navegar, si despues que oviese metido en ella sus mercaderias, ó las cosas para que la logó el señor de la nave, la moviese ante que viniese el maestro que la tenia de guiar, non seyendo él sabidor de lo facer, ó estando y el maestro, non quisiere obedecer su mandamiento, nin seguirse por su consejo; si la nave peligrase ó se quebrantase, el daño é la pérdida que acuesciese en aquellas mercaderias, pertenescen al señor de la nave: porque avino por su culpa, porque se trabajó de facer lo que non sabe; por ende es tenudo de la pechar á aquel que la avia afletada. Eso mismo seria si el señor de la nave metiese las mercaderias en otro navio, que non fuese tan bueno como aquel que avia alogado; sacándolas de la suya, sin sabiduria del mercadero, é sin su placer del que la avia afletada; que aquel navio, en que así las metiese peligrase, al señor della pertenesce el daño, é non al mercadero.*

Arrendamiento de industria es tambien el trasporte, definido por los autores: un contrato consensual en cuya virtud un particular ó empresa con el nombre de porteador, se encarga de conducir géneros ó efectos pertenecientes á otro que se lla-

ma cargador bajo pactos convenidos, y que suelen consignarse en un documento llamado carta de porte. Hablamos de conducciones terrestres, porque si el trasporte se hace por mar, el contrato, sin cambiar de naturaleza, se llama fletamiento, y el título que le acredita toma su mismo nombre: escritura ó póliza de fletamiento.

Ambos contratos, y sobre todo el último, por la importancia grande que tiene en el comercio, están perfectamente desenvueltos en el código mercantil, donde nuestros lectores encontrarán resueltas las dudas que se les ofrezcan en la práctica.

La presente ley no trata la materia: formada por otras de derecho romano, ha previsto dos casos y contiene dos declaraciones, á saber: 1.ª Fletando alguien una nave, si despues de haber introducido en ella las mercaderías, el dueño la gobernase sin saber, no estando delante el naviero, ó desobedeciendo á este si se hallase presente, responde de los daños sobrevenidos por su culpa.

Los conductores de efectos por tierra ó por agua están sujetos en cuanto á la guarda y conservacion de las mercaderías á las mismas obligaciones que tienen los posaderos: *Ait prætor: nautæ, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo* (Ley 1.ª, al principio, tít. IX, lib. IV, Dig.). *Maxima utilitas est hujus edicti: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere* (§ 1.°)

La disposicion era aplicable respecto de las cosas consignadas, aunque no puestas en la nave: *Utrum si in navem res missæ, ei adsignatæ sunt, an, et si non sint adsignatæ, hoc tamen ipso, quod in navem missæ sunt, receptæ videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt: et factum non solum nautarum præstare debere, sed et vectorum* (§ 8.°). Y lo mismo dice Pomponio: *etiamsi nondum sint res in navem recepta, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere* (Ley 3.ª).

Nuestra ley no dice lo contrario, pero para que tengan lugar las causas de donde nace la obligacion para el dueño de la nave se necesita como terminantemente espresa, que haya me-

tido en ella las mercaderías ó las cosas para que la logó el señor de la nave.

2.ª La misma responsabilidad tiene si trasbordó los efectos de una nave á otra que no fuere tan buena sin conocimiento ó contra la voluntad del fletador ó arrendatario, cuya declaracion está conforme con el § 1.º de la ley 13, tít. *locati* del Dig.: *Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et, cum flamen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius: Labeo, si culpa caret, non teneri ait: cæterum si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore, aut si minus idoneæ navi impossuit, tunc ex locato agendum.*

### Artículo 3.º

#### *Obras por ajuste ó precio alzado.*

Ley 16.—[1]*Destajos toman á las vegadas los maestros é los obreros, labores ó obras, por precio cierto. E por cobdicia de las acabar ayna, acuitanse tanto, que falsan las labores, ó non las facen tan buenas como debian. E decimos que si alguno recibiese á destajo labor de algun castillo, ó de torre, ó de casa, ó de cosa semejante; é le ficiere cuitadamente, ó la falsare de otra guisa, de manera que se derribe ante que sea acabada; es tenudo de la refacer de cabo, ó de tornar al señor el precio con los daños é los menoscabos que le vinieron por esta razon.* [2]*E si non cayere la labor ante que sea acabada, é entendiere el señor della que es falsa, ó que non es estable, debe llamar á omes buenos é sabidores é mostrarles la labor: é si aquellos omes sabidores entendieren que la labor es fecha falsamente, é conoscieren que el yerro avino por culpa del maestro, debela refacer de cabo, ó tornar el precio con los daños é menoscabos al señor della. Mas si los omes sabidores entendiesen que la labor non era falsa, nin era en culpa el maestro; mas que se empeorára despues que la él fizo, ó entre tanto que la facia por alguna ocasion que acaesciese, así como por grandes lluvias, ó por avenidas de aguas, ó por terremotos, ó cosa semejante, non seria el maestro tenudo de la refacer, nin de tornar el precio recibido.*

El arrendamiento de industria tiene una nueva aplicacion en el contrato de obras, que es como se llama el convenio celebrado por un arquitecto, maestro de obras ú otro profesor de esta clase, obligándose á la construccion de una casa, torre, castillo ó cosa semejante, mediante un precio alzado.

Distinguen los tratadistas varias especies, segun la forma ó la manera de celebrar este contrato; pues el contratista puede poner solo su trabajo, ó encargarse al mismo tiempo de suministrar los materiales de la obra, ó proporcionar, además de su industria, el terreno en que se ha de edificar: en el primer caso el contrato es sola y simplemente de arrendamiento; en los otros es misto de arrendamiento y de venta.

El Proyecto de Código conserva esta misma distincion: nosotros, que admitimos la posibilidad de esta combinacion en la práctica, nos limitamos á estudiar el arrendamiento con sujecion á las leyes, que le arreglan y le determinan.

La presente dice que los maestros ú obreros suelen tomar obras por precio cierto, y que por codicia de acabarlas pronto las atropellan tanto que las hacen mal, y declara: Que si alguno recibiere á destajo la construccion de casa, castillo, torre ó cosa semejante, y la hiciese precipitadamente, ó falseare de modo que se derribe antes de estar acabada, está obligado á rehacerla de nuevo, ó devolver al dueño el precio con mas los daños y perjuicios.

La obra que perece en todo ó en parte antes de estar acabada, se presume que ha perecido por defecto de construccion, y en consecuencia por falta del maestro de obras; de manera que no le queda accion para reclamar el precio: ese es el sentido de la ley 36, Dig. *Locat.*: *Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est:* ese es el contenido del párrafo trascrito.

La ley romana, sin embargo, establecia una diferencia notable entre el ajuste de una obra, hecho *aversione* (destajo, precio alzado), es decir, por el que se obligase el empresario á hacer toda la obra y darla perfecta, y un ajuste por medidas: *in pedes mensurasve*; por el que se convenga que trabajará á razon

de tanto por cada metro que dé concluido. En el primer caso, el empresario no puede hacer recibir la obra sin que esté completamente acabada, y hasta entonces los riesgos son de su cuenta. En el segundo el empresario no tiene que esperar á que la obra se acabe. A medida que adelante puede pedir que se mida la parte de obra hecha y que se reciba; si se ve que no tiene defecto y se recibe, cesa su responsabilidad en aquella parte: *Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur conductoris periculo est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes, mensurasve præstetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit.*

La accion *ex locato* contra el conductor, tiene lugar no solo cuando no ha hecho la obra que se obligó á hacer, sino tambien cuando es defectuosa, sea por la mala calidad de los materiales que el contratista ha empleado, sea por su impericia ó la de los operarios de que se ha valido; pues quien quiera que se encargue de una obra, está obligado á hacerla bien y segun las reglas del arte: *spondet peritiam artis:* y es una falta por parte suya encargarse de una cosa superior á sus fuerzas, ó emplear malos operarios: *imperitia culpæ adnumeratur* (Ley 132, Dig. de *Div. Reg. jur.).*

Su responsabilidad se resuelve en una de estas dos obligaciones; ó rehacer la obra ó abonar el precio y los perjuicios. Pero segun la teoría antes indicada, aquí hay una distincion que hacer, pues si el que contrató la obra se obligó á poner el material, debe sufrir la pérdida; si puso solo su industria ó su trabajo no es responsable sino de los efectos de su impericia; así lo declara el Proyecto de Código en el art. 1.530 y el 1.531.

Concluida la obra, si el dueño recelase que era falsa ó estaba mal construida puede hacerla reconocer por peritos, y si estos entendieran que la obra habia sido mal hecha y que el yerro vino por culpa del maestro, tiene igual responsabilidad que si hubiese perecido antes de acabarla.

Antes de que un propietario reciba una obra tiene el derecho de hacerla reconocer si duda de su solidez. Si del exámen hecho por peritos resultasen comprobados vicios ó defectos de

construccion, puede pedir rehacerla de nuevo *refacer de cabo*, ó pedir la devolucion del precio con los daños.

Si los peritos encontrasen la obra bien hecha ó que el deterioro, si le hubo, no fué por culpa del maestro, si no que lo produjo despues de acabada ó en tanto que la hacia algun accidente fortuito, como por ejemplo, grandes lluvias, avenidas, terremotos ó cosa semejante, el maestro no estaria obligado á rehacerla ni á volver el precio.

La obra que es objeto de este contrato corre á riesgo del dueño en el sentido que si perece por fuerza mayor, debe su importe al constructor todo ó parte segun el contrato.

Así lo decidió la ley 59, Dig. *Loc.: Marcius domum faciendam à Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta, terræ motu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit Flacci esse periculum.* Eso declara la de Partida con la circunstancia de que su disposicion es aplicable lo mismo cuando el caso fortuito que produjo la ruina tuvo lugar despues de concluida que durante la construccion. Lo cual puede acabar las dudas que producia la variedad de las leyes romanas.

Todavía en este caso, dicen los intérpretes, el dueño no sufriria la pérdida si la obra que hubiese perecido, aunque por causa mayor, fuera una obra defectuosa y no de recibo: como lo enseña Javoleno en la ley 37: *Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.*

Pero el locador que rehusa abonar el precio, necesita acreditar su aserto; es decir, justificar que la obra destruida por un huracan, un temblor de tierra, ú otra fuerza mayor era defectuosa y no de recibo.

Ley 17.—'*Pleitean á las vegadas los maestros de facer algunas labores á alvedrío de los señores dellas, diciendo que farian tal labor, que se pagaran della, cuando la vieren acabada. E decimos que el maestro que desta guisa destajare la obra, si la ficiere bien é lealmente; é el señor, cuando la viere acabada, dijere maliciosamente que se non paga della, por retenerle el precio que avia de aver, ó por embargarle de otra guisa; non lo puede*

*facer. Ca el pleito de tal alvedrío, se debe entender desta guisa; que el señor de la obra se debe pagar della, si bien fuere fecha, segun se pagarian della otros omes buenos é sabidores. E por ende si los omes sabidores, á que fuere mostrada la obra, dijeren que es buena, non puede el señor por tal pleito embargar al maestro, ni retenerle el precio que le habia de dar; ante decimos que el juez del lugar le debe apremiar que gelo dé, maguer non quiera. [2]Otrosi decimos que destajando un ome alguna labor so tal pleito que fará la labor en tal guisa, que por cual manera quier que se pierda, ó se derribe, fasta que el señor otorgue que se paga della, sea á su peligro; si cuando la obra fuese acabada, dijese el maestro al señor, que viese si se paga della, si el lo metiese por alongamiento, que la non quisiere ver, ó la viese, é non quisiere decir que se pagaba ende, seyendo la obra buena; si de aquella sazon adelante se perdiese ó se derribase por alguna ocasion que non aviniere por culpa del maestro, nin por maldad de la obra; el peligro seria del señor, é non del maestro. [3]Otrosi decimos que si el señor se pagase de la labor, é despues que otorgase que se pagaba della, se derribase, ó menoscabase, dende adelante seria el peligro del é non del maestro.*

Fuera de las cláusulas esenciales, este contrato admite otras particulares al arbitrio de los contrayentes; la presente ley pone el ejemplo de alguna de esas cláusulas que modifican las relaciones jurídicas.

De esencia es que intervenga precio, pero puede hacerse el ajuste conviniendo el maestro que ejecutará tal obra mas que no se pagará de ella ó no la cobrará hasta que esté acabada, y dice la ley lo siguiente:

1.° Que si el maestro que de esta manera ajustase la obra la hiciese bien y lealmente, y el dueño, cuando la viere acabada, dijese que no se hacia cargo de ella por retener el precio, ó suscitarle otro entorpecimiento, no lo puede hacer, pues el convenio lleva sobreentendido que el dueño debe recibir la obra, estando bien hecha, como la aceptarian otros hombres buenos y entendidos; por lo que si los peritos á quienes se debe hacer reconocer dicen que es buena, no solo no puede el

dueño retener el precio si no que el juez debe apremiarle á que lo dé aunque no quiera.

Las cláusulas han de entenderse en sentido recto de modo que el contrato no sea una irrision. El contrato verificado en los términos que se ha dicho querria dar á entender no que el dueño fuese árbitro de recibirle á su capricho, sino á juicio de peritos, ó segun lo que en su caso acordase un hombre de bien. Eso dice la ley 24, Digesto, orígen de la nuestra, aun respecto del caso en que el recibimiento se encomendase á arbitrio de un tercero: *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset: idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit...*

2.° Ajustando un maestro una obra á todo riesgo, es decir, respondiendo de ella, sea cualquiera la causa que la destruya, si una vez acabada, invitase al dueño para recibirla, y este lo alargase, no quisiere verla ó la viese y no se resolviese á aceptarla, todos los daños que ocurriesen desde allí en adelante, corren de su cuenta siempre que la obra fuese buena.

El argumento de esta ley se encuentra en la 36 del Dig.: *Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est; nisi si aliud actum sit, non enim amplius præstari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consequutus esset.*

Y la 37: *Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuerit, ut probari deberet.*

Su filosofía es tan clara que ni aun necesita razonarse: No debe estenderse la obligacion del maestro de obras mas allá de lo que habia sido su propósito recibirla; y eso aconteceria si el dueño por mala intencion esquivase su recibo.

3.° Si el dueño se entregase de la obra, y despues de otorgado ó reconocido que se encargaba de ella, se menoscabase ó derribase, el peligro seria para él y no para el maestro.

Aprobada la obra, el riesgo es para el dueño que la aprobó, ora ocurra por culpa suya ó por accidente fortuito. Y lo mismo seria, aunque el mal aconteciese por defecto de la obra ó por

culpa del maestro, si el dueño conocia el vicio al aprobarla: si lo ignoraba y prestó su aprobacion por engaño, sin conocer el vicio, el riesgo seria para el conductor ó el maestro á pesar de éste acto.

Ley 21, tít. XXXII, Part. 3.ª—*Lealmente, é con gran femencia deben mandar facer las labores aquellos que son puestas sobre ella; de manera que por su culpa, nin por su pereza non sea y fecha alguna falsedad: é si así non lo ficiesen á los cuerpos, é á cuanto que oviesen, se debe tornar el rey por ello. E si por aventura, la labor que fuese fecha de nuevo se derribase, ó se moviese ante que se acabase, ó quince años despues que fuese fecha, sospecharon los sábios antiguos que por mengua, ó culpa, ó por falsedad de aquellos que eran puestos para facerlas, aconteciera aquel fallecimiento. E por ende ellos, é sus herederos son tenudos de refacerlas á su costa, é mision; fueras ende, si las labores se derribasen por ocasion, así como por terremoto, ó por rayo, ó por grandes avenidas de rios ó aguaduchos, ó por otras grandes ocasiones semejantes destas.*

La presente ley ofrece dos puntos á nuestra consideracion: su primer capítulo impone un deber: el segundo señala la pena á los que no le cumplan.

Lealmente, dice, y con gran *femencia* (vehemencia) deben hacer las obras los encargados de ellas, de manera que ni por su culpa, ni por su pereza sea posible la menor falsedad.

Este precepto crea en los arquitectos y maestros de obras los sigüientes compromisos esencialmente personales: 1.º Hacer ó dirigir la obra por sí mismos, si el que la encargó lo hizo por consideracion á su aptitud, siendo tan esencial esta circunstancia que, por su muerte, queda rescindido el contrato: *Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis* (Ley 31, tít. III, lib. XLVI, Dig.).

2.º Hacerla dentro del tiempo que se hubiere prefijado.

3.º Procurar su solidez y perfeccion segun las reglas del arte, y conforme al plano presentado, sin poder pedir aumento del precio estipulado, aunque se haya aumentado el jornal de los trabajadores ó el valor de los materiales, ó que por cual-

quier otra causa que como perito no debia ignorar, hubiera recibido alguna lesion. Graves y frecuentes abusos ocurren en esta parte: los maestros de obras suelen pedir aumento de precio so pretesto de haberse encarecido los materiales ó jornales, ó haber hecho ó introducido modificaciones en el plano por haberlas estimado útiles ó necesarias, alegando mas de una vez que el propietario habia prestado su aprobacion, si no espresa, tácitamente. Estas cuestiones necesariamente han de ser difíciles por no haber una ley, una declaracion que anticipadamente fije los derechos. El Proyecto de Código, en esto, como en muchas cosas, suple su silencio; y nosotros aceptamos su doctrina por el principio de que las convenciones han de ser fielmente ejecutadas, segun la voluntad de las partes, y teniendo presente que en la construccion de una obra contratada por un ajuste alzado, todo ha de haber sido previsto, lo mismo el plan del edificio, que el precio convenido, y que toda alteracion exige un nuevo contrato. Que no proceda pedir indemnizaciones á título de lesion, es cosa mas sabida por las razones que digimos esplicando la ley 4.ª, tít. I, lib. X, de la Nov. Recop.

4.° Emplear los materiales de modo que no se inutilicen, teniendo cuidado sobre ellos para evitar cualquiera sustraccion, debiendo prestar la culpa leve por ser hecho este contrato en utilidad de las partes.

5.° Proceder de buena fé, sin exagerar el trabajo hecho con el objeto de exigir mayor precio que el pactado.

Faltando á cualquiera de estas obligaciones se entiende que hubo culpa ó impericia de parte del arquitecto, y como tal, queda sujeto algunas veces á la reedificacion, y siempre al resarcimiento de daños.

La ley dice que se debe *tornar el rey á los cuerpos é á cuanto que oviesen;* pero ni el rey puede administrar justicia, ni subsiste, como sabemos, la pena de confiscacion.

Venimos á la pena, ó sea el segundo capítulo. Si la obra se derribase ó moviese antes de acabada, ó quince años despues, debiendo presumir que esto ha sucedido por culpa ó falsedad de los encargados, ellos y sus herederos están obligados á re-

hacerla, á no ser que la ruina proceda de algun caso fortuito, como terremoto ó avenidas de rios, lluvias ó cosa semejante.

El anterior párrafo está tomado de la ley 8.ª del Código, título de *Operib. public.*: *Omnes, quibus, vel cura mandata fuerit operum publicorum, vel pecunia ad extructionem solito more credita, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis hæredibus teneantur obnoxii: ita ut si quid vitii in ædificatione intra præstitutum tempus pervenerit, de eorum patrimonio (exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti); reformetur.*

Aunque la ley romana habla de obras públicas, fué preciso ampliarla á todas en general, porque en todas puede tener lugar la razon que le sirve de fundamento: *cum præsumantur, intra dictum tempus opere dirupto, vitio magistri corruise* (Lop., Glos. 5.ª, ley 16 comda.).

El contrato de obras se estingue por mútuo consentimiento de las partes, por voluntad del dueño, mas no por la del arquitecto, y por un acontecimiento de fuerza mayor.

La primera causa es comun á todos los contratos: la segunda es igualmente justa, pero debe entenderse á calidad de que el propietario indemnice al contratista de todos los gastos: la tercera se esplica por el principio de que *ad impossibilia nemo tenetur*.

Que acabe por muerte del arquitecto es cosa que dejamos dicha: ninguna obligacion de este género, que tiene por base la industria de un individuo, puede pasar á sus herederos: *officia industrialia ad hæredem non sunt transitoria* (G. L., glosa 3.ª, ley 2.ª tít. VIII, Part. 5.ª).

### Artículo 4.º

*Posaderos: fondistas.*

Ley 26.—*Caballeros, ó mercaderes, ó otros omes que van en camino, acaesce muchas vegadas que han de posar en casa de los ostaleros, é en las tabernas: de manera que han de dar á guardar sus cosas á aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos é sin otro recabdo ninguno; é otrosí los que han á entrar sobre mar, meten sus cosas en las naves en esta misma manera, fiandose en los marineros: é porque en cada una destas maneras*

*de omes acaesce que hay algunos que son muy desleales, é facen grandes daños, é maldades, en aquellos que se confian en ellos; por ende conviene que la su maldad sea refrenada con miedo de pena.* [1]*Onde mandamos que todas las cosas que los omes que van camino, por tierra, ó por mar, metieren en las casas de los ostaleros, ó de los taberneros, ó en los navíos que andan por mar, ó por los rios; aquellas que fueren y metidas, con sabiduría de los señores de los ostales, de las tabernas, ó de las naves, ó de aquellos que estuvieren y en lugar dellos, que las guarden de guisa que non se pierdan, nin se menoscaben; é si se perdiesen por su negligencia, ó por engaño ó por otra su culpa, ó si las furtasen algunos de los omes que vienen con ellos; ellos serian tenudos de les pechar todo cuanto perdiesen, ó menoscabasen. Ca guisada cosa es que pues fian en ellos los cuerpos, é los averes, que los guarden lealmente á todo su poder, de guisa que non reciban mal, nin daño.....*

De varias maneras pueden considerarse las obligaciones que contraen los posaderos, taberneros ó patrones de navío. El Proyecto de Código considera este contrato como de depósito; el derecho romano y el pátrio como de arrendamiento ó cuasi contrato. Las faltas que estos industriales cometan conforme á una antigua teoría pueden constituir delito, ó dar lugar á un cuasi delito.

Aunque á esta diversidad de aspectos correspondan reglas que tambien son diferentes, no desconfiamos de presentar la doctrina con la claridad necesaria, estudiando la ley entre las demás que comprende el título de arrendamiento.

En una introduccion sencilla, como la mayor parte de las que preceden á la parte dispositiva de estas leyes, la que hemos copiado esplica el peligro que corren de ser defraudados en las posadas ó en las naves los viajeros y los navegantes; la necesidad que hay de obligar con pena á que sean fieles los venteros, taberneros y marineros, á quienes han de dar sus cosas á guardar fiándose en ellos sin testigos *é sin otro recabdo alguno*: *Quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere* (Ley 1.ª, § 1.º, tít. IX, lib. IV, Dig.).

Como no es raro que entre estas personas algunas sean desleales, la ley exige que guarden de manera que no se pierdan ni menoscaben todas las cosas depositadas, *metidas* con su conocimiento, es decir, aquellas cosas de que se les diere noticia.

La ley romana equipara la introduccion de las cosas al recibo formal de ellas, pues en el § 8.° y último pregunta: *Recipit, autem salvum fore, utrum si in navem res missæ, ei adsignatæ sunt, an etsi non sunt adsignatæ, hoc tamen ipso, quod in navem missæ sunt, receptæ videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt: et factum non solum nautarum præstare debere, sed et vectorum.*

A la propia idea responde la espresion gráfica de la ley: *de las cosas que fueren y metidas con sabiduría de los señores de los ostales.*

El viajero no tiene escusa para ocultar la introduccion, y el mesonero no debe ser responsable de lo que cuidadosamente se le oculta. Pero no quiere esto decir, que si se introduce un baul ó maleta, sea necesario dar parte de todo su contenido. Para la responsabilidad del posadero basta con que se le haya dado noticia del baul.

Esta responsabilidad, la ley la fija en estos términos: *si las cosas asi introducidas se perdiesen por su negligencia ó por engaño que ellos ficiesen ó por otra su culpa, ó si las furtasen algunos de los omes que vienen con ellos (los viageros), los posaderos deben responder cuanto perdieren ó menoscabaren.*

El posadero responde de sus hechos personales, ora procedan de culpa ó negligencia.

Aunque la ley calle, el derecho romano le obliga á responder por las faltas de sus dependientes: *in eos..... si quid à quoque eorum, quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur, judicium datur. Caupo præstat factum eorum, qui in ea caupona ejus cauponæ exercendæ causa ibi sunt.....* (Ley única, al principio, y § 6.°, tít. V, lib. XLVII, Dig.).

Responde por el hecho de otros pasajeros contra la doctrina del texto antes citado que comprendia la siguiente escepcion: *viatorum autem factum non præstat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes.*

Su responsabilidad no comprendia el hurto ó daño causado

por estraños. El Proyecto de Código, sin embargo, se la exige, cuya novedad escusa el comentador diciendo: que en el hecho mismo de ser una casa pública, debe ser mayor la vigilancia de los amos; pues de otro modo, no se proveeria á la completa seguridad de los viajeros.

*E lo que dijimos en esta ley, entiéndese de los ostaleros, taberneros, é señores de los navíos que usan públicamente á recebir los omes, tomando dellos ostalage ó loguero. En esta misma manera son tenudos de los guardar estos sobre dichos, si los reciben por amor, non tomando dellos ninguna cosa. Fueras en casos señalados. El 1.º si ante que lo reciba, le dice que guarde bien sus cosas que non quiere él ser tenudo de las pechar si se perdieren. El 2.º es si le mostrare ante que lo rescibiese arca, ó casa, é le dice. Si aquí queredes estar, meted en esta casa ó en esta arca vuestras cosas; é tomad la llave della, é guardadlas bien. El 3.º es, si se perdiesen las cosas por alguna ocasion que aviniese, así como fuego, avenidas de rios, ó si se derribase la casa ó peligrase la nave, ó se perdiesen por fuerza de enemigos. Ca perdiéndose las cosas por alguna destas maneras que non aviniese por engaño, ó por culpa dellos, non serian tenudos de las pechar.*

De la misma manera que responden los que reciben huéspedes por dinero, quedan obligados los que les dan hospedaje por amor, si bien esta parte de la ley debe interpretarse cuando los que hacen esta gracia al viajero por favor, acostumbran á recibir por dinero, mas no si no tienen este oficio: *secus si non haberent tale officium* (Glosa 11).

Hasta aquí la regla: veamos ahora las escepciones.

La ley, copiando la 7.ª, tít. IX, lib. IV, Dig., hace cesar la responsabilidad del posadero ó fondista cuando este y el viajero convinieren en ello: *Item si prædixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstaturum, et consenserint vectores prædictioni, non convenitur.*

A esto equipara el hecho de haber entregado el fondista al viajero las llaves de un cuarto ó arca, pidiéndole que guarde allí sus cosas, y el viajero recibe las llaves. Este caso no se ha-

lla espreso en derecho romano; pero se estimaba como consecuencia del primero y como un pacto tácito.

La escepcion por fuerza mayor es una disposicion comun á todos los contratos: reconocida por la ley 3.ª, § 1.°, dicho título en los siguientes términos: *Nisi si quid damno fatali contingit. Si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, etsi in stabulo, aut in caupona vis major contigerit.*

Ley 27.—*Bien asi como los mercaderes andan con entencion de ganar algo; bien asi andan los peregrinos, é los otros romeros con entencion de servir á Dios, é ganar perdon de sus pecados. E pues que dijimos de los ostaleros que resciben á los caballeros..... que los guarden que non recibiesen daños en sus cosas; mucho mas guisada cosa es que fagan eso mismo á los romeros que andan á servicio de Dios. E tenemos por bien, é mandamos que todos los albergueros, é marineros de nuestro señorío los reciban en sus casas, é en sus navios, é les fagan todo el bien que pudieren; é les guarden las sus personas, é cosas de daños, é de todo mal, é que les vendan todas las cosas que ovieren menester por aquellas medidas, é por aquellos pesos, é por tal precio, como lo venden á los otros que son moradores en cada un lugar..... non les faciendo otra escatima en ninguna manera que ser pueda: é los que contra esto ficieren, deben recibir pena, por alvedrío del juzgador del logar, segun fuere el yerro ó el daño que ficieren.*

La presente ley es de proteccion á los peregrinos y romeros. Cuando las peregrinaciones eran frecuentes, como sucedia por los tiempos en que D. Alfonso redactaba su inmortal código, natural era que de la misma suerte que se procuraba la seguridad de los militares y de los mercaderes, se concediese á los romeros que no buscaban el lucro en los viajes, sino que andaban por los caminos con intencion de servir á Dios, ganar el perdon de sus pecados y el paraiso.

Con este objeto dispone que los alberguistas y marineros los reciban en sus casas ó navíos, les hagan todo el bien que puedan, les preserven á ellos y á sus cosas de todo mal, y les ven-

dan los efectos que necesitasen con la misma medida y por el mismo precio que á los demás vecinos del lugar, y que los que lo contrario hicieren, reciban una pena al arbitrio de juez proporcionada al daño.

### Artículo 5.°

*Servicio doméstico.*

Los pricipales contratos de esta clase son los que se celebran con personas que en calidad de criados se obligan á prestar sus servicios á tanto por año ó por mes ó por otro cualquier tiempo determinado, como igualmente los que se hacen con obreros ó trabajadores que tambien se obligan á trabajar á tanto por dia ó á jornal.

Con relacion á estos servicios, los autores examinan: 1.°, el tiempo por el que pueden ajustarse: 2.°, el que han de invertir para ganar su salario: 3.°, el modo de desempeñar su trabajo: y 4.°, la accion para reclamar la merced estipulada.

Tiempo. No obstante que segun la ley 2.ª de este título de Partidas el arrendamiento puede hacerse por cierto tiempo ó por toda la vida, su disposicion no es aplicable al servicio de los criados, porque degeneraria en una especie de servidumbre, cosa que el derecho y la razon reprueban. El contrato que así se hiciere seria nulo como depresivo de la libertad humana que es la *mas cara é mas preciada cosa de este mundo.*

Goyena en el comentario del art. 1.524, pregunta si podrá un amo obligarse válidamente á servirse por toda su vida de un criado.

Rogron cita dos sentencias contradictorias de los tribunales franceses; segun la una, la obligacion del amo se resuelve en la indemnizacion de daños y perjuicios, si por no cumplir su compromiso, los sufre el criado: segun la otra, el contrato es absolutamente nulo por ilícito, y no produce accion ninguna ni aun la de daños. De las dos, la última parece mas fundada, porque los derechos deben ser recíprocos, y el cumplimiento ó resolucion de un contrato no puede pender del arbitrio de una de las partes.

Lo que no está prohibido y antes bien ocurre con frecuencia, es que se haga el ajuste para una obra determinada, aunque sea de larga duracion, pues como la mas grande se supone que ha de tener un término, no tiene lugar la prohibicion del servicio perpétuo.

Duracion del trabajo. El salario se supone estipulado en razon del tiempo que se prestan los servicios, y si nada se hubiese convenido, se entenderá que ha de ser todo el dia.

Si pues el jornalero se retira del trabajo antes de concluir el dia por cualquiera causa, no tiene derecho sino á la parte d jornal correspondiente al tiempo que hubiese trabajado. Si concluyere la obra para la cual se hubiese ajustado antes de terminar el dia, entonces se le abonará el jornal por entero, pero podrá el amo emplearle lo restante del dia en otro trabajo para el cual se le considere idóneo.

La ley 1.ª, tít. XXVI, lib. VIII, Nov. Recop., de D. Enrique II ordena que los carpinteros, albañiles, obreros y jornaleros y otros hombres y mujeres y menestrales *que se suelen alogar y alquilar, que se salgan á las plazas de cada un lugar do estuvieren, do es acostumbrado de se alquilar, cada dia en quebrando el alba con sus herramientas; en manera que salgan del lugar en saliendo el sol, para hacer las labores en que fueron alquilados, y labren todo el dia en tal manera que salgan de las dichas labores en tiempo que lleguen á la villa ó lugar donde fueren alquilados, en poniéndose el sol; y los que labraren dentro en la villa ó lugar donde fueron alquilados que labren dende el dicho tiempo que sale el sol, y dejen la labor cuando se pusiere el sol, so pena que no le sea pagado el cuarto del jornal que ganare.*

Esto no obstante, en algunos pueblos es costumbre que los jornaleros trabajen ocho horas que suelen ser continuas, ó distribuirse del modo mas conveniente, segun las estaciones y la clase de trabajo.

El jornalero tiene derecho á que se le pague su jornal si así lo exige en la noche del mismo dia que trabajare.

Ley 2.ª, dicho título, tambien de D. Enrique II: *Porque hay algunos hombres que hacen barata á los obreros que hacen sus*

*labores, y no les pagan; tenemos por bien y mandamos que en la noche cuando viniese el obrero de su labor, que el que le trajere, queriendo el obrero que le pague luego, le pague, y si él quisiere labrar otro dia con él, y suspendiere, que le pague otro dia.....*

Segun la ley 4.ª, del mismo rey en Búrgos, tenian facultad los Ayuntamientos para tasar los jornales de los menestrales y demás obreros, pero por Real provision de 29 de Noviembre de 1767 se dió libertad á los jornaleros para concertar sus salarios con los dueños de las tierras.

Accion. Los artesanos, menestrales, jornaleros y criados, pueden cobrar sus créditos ejecutivamente ante los jueces ordinarios sin que se admita inhibicion ni declinatoria de fuero; y tienen derecho, además, los artesanos, y menestrales al abono de los intereses mercantiles al seis por ciento y los criados al tres desde el dia de la interpelacion judicial para resarcirse del menoscabo que reciben en la demora del pago. Así está mandado desde el tiempo del señor rey D. Cárlos III; como mas por menor puede verse consultando las leyes 12, 13, 14, 15 y 16 del título XI, lib. X, Nov. Recop.

Modo. Respecto al modo de desempeñar sus oficios, esplicando las correspondientes leyes, hemos dicho que están obligados á resarcir á sus principales los daños que les causaren por su negligencia é impericia, á no ser que al recibirlos fuesen sabedores de su poca espontaneidad. Además son responsables de la impericia ó negligencia de las personas que llevan consigo para su servicio.

Como el criado se hace además miembro de la familia, queda sujeto á la autoridad doméstica del amo, de donde resultan derechos y obligaciones de respeto, obediencia y fidelidad.

La obligacion de los que arriendan su industria ó sus servicios espira con su muerte sin que sus herederos tengan derecho ni obligacion de continuar el cumplimiento del contrato, pues se considera meramente personal. No es aquí aplicable la disposicion de la ley 9.ª, tít. VIII, Part. 5.ª, porque esta solo habla del menestral que se ajusta por obra á destajo, y no á jornal.

# SECCION III.

## NATURALEZA DE LA SOCIEDAD: PRECEDENTES JURÍDICOS DE ESTE CONTRATO.

Part. V, tít. X, Proem. *Compañía facen los mercaderes, é los otros omes entre sí para poder ganar algo, mas de ligero, ayuntando su aver en uno: é por que acaesce que en la compañía son algunos recebidos por compañeros, porque son sabidores, é entendidos de comprar, é vender, maguer non hayan riquezas con que lo fagan; é otros que las han, son menguados de la sabiduría deste menester; é aun y a otros que maguer han las riquezas, é la sabiduría, non se quieren trabajar dellas por sí mismos; é por ende queremos aquí decir de las compañías que ponen los omes entre sí.....*

La palabra sociedad, ha dicho un jurisconsulto, pertenece á todas las ciencias que tienen al hombre por objeto; se estiende á la moral, á la política, á todas las instituciones sociales ó domésticas (Disc. 80).

Como su acepcion es tan vasta, los espositores emplean un método esclusivo para precisar su nocion esencialmente civil, único modo de considerarla en esta obra.

No es la sociedad que contraen dos personas de sexo diferente, que establece relaciones íntimas entre dos familias, y enriquece el Estado con una tercera. No es tampoco la sociedad formada entre personas, á quienes un acontecimiento aproxima sin que tenga en ello parte su voluntad, como acontece á los coherederos, y aun entre vecinos sometidos á obligaciones comunes para su seguridad particular y para el mantenimiento del órden público. No es, siquiera, la sociedad mercantil, pues aunque formada con objeto análogo al de la ley comun, tiene sus formas y sus reglas especiales (Treilhard). Es el contrato que, supliendo la insuficiencia individual, busca en los esfuerzos de la colectividad lo que no pueden conseguir los particulares.

Los hombres no tienen todos iguales aptitudes, y sus diferencias quedan compensadas por el espíritu de asociacion. Los hay de inteligencia privilegiada para la especulacion que carecen de capital; y otros que, con medios de fortuna, carecen de los conocimientos necesarios para emplearlos dignamente; y aun los hay que, teniendo lo uno y lo otro, no quieren imponerse la carga que lleva consigo el ejercicio de alguna industria.

A todos estos inconvenientes provee la sociedad, por la que se obtiene á fuerzas reunidas lo que individualmente nadie, por grandes que fueran sus recursos, podria conseguir.

Sirviendo de poderosa palanca en empresas para las que seria impotente el esfuerzo privado, la sociedad ha sido patrimonio de todos los pueblos cultos, de tal modo que sus leyes constituyen un síntoma para apreciar su civilizacion.

Aunque el carácter de los romanos les predisponia mas para hechos y asuntos de diversa naturaleza, dan testimonio evidente de que no fueron estraños al espíritu de asociacion los 84 fragmentos del tít. II, lib. XVII del Digesto; el lib. IV, título XXXVII del Código; el III, tít. XXV de la Instituta, y varias constituciones imperiales.

Lo contrario aparece en los Códigos de orígen germano; pues repasados el Fuero-Juzgo, el Viejo y el Real, dignos por su mérito de figurar á la cabeza de todos, apenas encontramos ley merecedora de un recuerdo, cuanto menos de elogio.

Por eso la materia ocupa, como debia, su propio lugar en el inmortal Código de las Partidas.

Por eso en nuestros dias, en que las relaciones comerciales se han multiplicado, y ciertas industrias han tomado grande vuelo, ha venido á llenar el vacío notado en las leyes comunes el Código de Comercio.

## § I.

## *Nociones preliminares.*

### Artículo 1.°

### *Elementos constitutivos de la sociedad.*

Ley 1.ª—[1]*Compañía es ayuntamiento de dos omes, ó de mas, fecho con entencion de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos con los otros.* [2]*E nasce ende gran pro, cuando se face entre algunos omes buenos, é leales: ca se acorren los unos á los otros, bien asi como si fuesen hermanos.* [3]*E facese la compañía con consentimiento, é con otorgamiento de los que quieren ser compañeros.* [4]*E puedese facer fasta tiempo cierto, ó por toda su vida de los compañeros. Pero si algunos ficiesen compañia entre sí, tambien por ellos, como por sus herederos, valdria cuanto en su vida dellos, mas non pasaria á sus herederos, fueras si la compañía fuese fecha sobre arrendamiento de algunas cosas del rey, ó del comun de algun concejo.* [5]*E todo ome que no sea desmemoriado, nin menor de catorce años puede facer compañía con otros.* [6]*Pero si el menor de veinte é cinco años entendiere que se le sigue daño de la compañía, ó que le ficieron entrar en ella engañosamente, puede pedir al juez del lugar que lo saque della, é que le faga tornar en el estado en que era de ante, sin su daño; é el juez débelo facer.*

Para estudiar la ley de modo que no resulte desórden ó falta de plan en la exposicion analizaremos sus varios capítulos.

Definicion. Los grandes jurisconsultos del imperio no definieron la sociedad. La definicion mas en boga y la que tuvo por modelo nuestra ley fué la de los comentadores: *societas est duorum, vel plurium conventio contracta ad commodiorem usum, et uberiorem quæstum.*

De entonces acá se han dado otras nuevas y un escritor, Felicius, despues de examinar y censurar gran parte de ellas, formula la suya en estos términos: *societas est contractus qui con-*

*sensu, rebus vel operibus vel industria intervenientibus, ad commodum quæstum seu lucrum perficitur* (De Societate, cap. I, núm. 3.)

No imitaremos el ejemplo del sábio espositor; pues por algo dijo Javoleno que en derecho civil no debia definirse; la mejor definicion no resiste la crítica: *omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit* (202 de *Reg. jur.*, Dig.).

El Proyecto de Código ha definido la sociedad, y en cuanto puede convenir como base de estudios ulteriores no tenemos reparo en aceptar su definicion, es la siguiente: un contrato por el cual dos ó mas personas se obligan á poner en comun sus bienes ó industria, ó alguna de estas cosas con ánimo de partir entre sí la ganancias (art. 1564).

La sociedad es un contrato de derecho natural que se constituye y gobierna por las reglas de este derecho: exige como requisito que se ponga una cosa en comun, capital ó industria ó lo uno y lo otro: *Nulla societas ubi nulla intercessit rerum collatio aut communicatio mutua* (Doneau, lib. XIII, c. 15, núm. 3), y se propone como fin crear un beneficio y distribuirlo entre los asociados: *Finem hanc esse oportet ut inde lucrum fiat in commune* (núm. 6).

Bajo el punto de vista de sus relaciones civiles tiene analogías con varios contratos y casi se confunde con la comunidad. Hay, sin embargo, entre ambos actos notorias diferencias: la sociedad supone una comunidad, pero no toda comunidad es sociedad; la comunidad es el género, la sociedad es la especie y una especie aparte.

El signo distintivo que separa la comunion de la sociedad, por no recordar otras diferencias de las que minuciosamente se ocupan los autores, consiste en que la comunidad es un estado pasivo, mientras que la sociedad se sirve de la comunidad como medio para obtener y dividir un beneficio. Cujas dice que por la sociedad se va á la comunicacion: *societatem non dico esse communionem; sed per societatem induci communicationem justam lucri et damni.* Otro jurisconsulto, Conan, hace notar que la comunidad existe desde que hay una cosa comun, pero que la sociedad exige de los asociados la aportacion de alguna cosa, á fin de realizar con ella un lucro: *Non dicuntur socii qui sunt consortes ejus-*

*dem negotii, sed qui prœterea aliquid de suo afferunt ad communem utilitatem.*

Utilidad. La asociacion que no es un fin sino un medio, fia sus resultados á la índole de las personas y á la intencion que las aproxima. Beneficios grandes puede producir si los sócios son buenos y leales y se juntan con el honrado propósito de buscar el bien general. No participamos de la ilusion de muchos que buscan en la asociacion el allanamiento de las dificultades sociales y el remedio á todas las desgracias; pero si rechazamos esta exageracion combatida en todos los terrenos por economistas de buen sentido, no por eso ponemos en duda la importancia de sus resultados prácticos. La asociacion bien entendida y prudentemente administrada es y no puede dejar de ser útil, porque concentra los esfuerzos, multiplica los recursos, protege y avalora los medios industriales, aleja las pérdidas, disminuye los gastos y aumenta las ganancias.

Duracion. Puede contraerse hasta cierto tiempo ó por toda la vida de los sócios: *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione* (Ley 1.ª, tít. II, *Pro soc.*, Dig.).

La sociedad constituida es una persona jurídica con igual capacidad que la de un individuo, con los mismos y mayores derechos. En la manera de celebrarse es un contrato que admite los accidentes y las modificaciones de todos, puede celebrarse puramente, en cuyo caso principia desde luego; á contar desde cierto dia, y tambien bajo condicion.

Formando algunos sociedad no solo por ellos, sino tambien por sus herederos, valdrá durante su vida, mas no respecto de estos últimos. El derecho romano rechazó la sociedad formada bajo pacto de que hubiese de durar despues de la muerte de los contrayentes.

El conocido principio de que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos no tiene aplicacion en este contrato, pues por regla general, la sociedad no puede legalmente celebrarse con personas inciertas; por lo que los efectos no alcanzan á los herederos de un sócio, cuando este ha fallecido antes

de principiar el negocio para que aquella se formó (S. 31 Diciembre 1861).

Como contrato consensual basta el consentimiento para su perfeccion, sin que importe la forma que le den las partes y las espresiones de que le revistan. Modestino dijo: *Societatem coire et re, et verbis, et per nuncium posse nos, dubium non est* (Ley 4.ª, Dig., *Pro soc.*). De aquí tomó orígen la conocida division de las sociedades en sociedad espresa y tácita: la primera que se contrae por palabras; y la segunda cuya prueba descansa sobre los hechos, v. gr., la vida comun, la participacion de las pérdidas y de las ganancias, etc.

Las leyes 78 y 79, tít. XVIII, Part. 3.ª, no exigen que la sociedad se reduzca á escritura pública, sino que señalan la fórmula y términos en que debe ser estendida cuando se refiera al contrato y haya de ser presentada en juicio. El contrato de compañía se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes con arreglo á lo dispuesto en esta ley, y por consecuencia no solo puede ser justificado por documentos públicos ó privados, sino tambien por los demás medios de prueba que el derecho reconoce (S. 11 Enero 1865).

Capacidad. La ley se limita á consignar dos incapacidades; por falta de inteligencia, al loco ó desmemoriado; por falta de edad al menor de catorce años. El mayor de catorce, menor de veinticinco años, puede formar parte de una sociedad; mas si le hicieron entrar por engaño, ó le sigue perjuicio de continuar en ella, tiene derecho al beneficio de la restitucion.

### Artículo 2.°

*Diversas especies de sociedades.*

Ley 3.ª—[1]*Puedese facer la compañía en dos maneras; la una es cuando facen de esta guisa; que todas las cosas que han cuando facen la compañía, é las que ganaren en adelante sean comunales, é tambien la ganancia, como la perdida que pertenezca á todos.* [2]*La otra es, cuando la facen sobre una cosa se-*

*ñaladamente; como en vender vino, ó paño, ó otra cosa semejante.....*

Como la sociedad se contrae formando un fondo comun para aplicarlo á una empresa, y los sócios son árbitros para ampliar cuanto quieran el círculo de sus aportaciones; de aquí la division iniciada por la ley entre sociedad universal y particular: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius* (Ley 5.ª, Dig. *Pro socio*).— *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique* (Inst.).

El derecho romano distinguió además dos especies de sociedades universales: la sociedad universal de todos los bienes *universorum bonorum*, y la sociedad universal de ganancias, *universorum quæ ex quæstu veniunt*, cuya division es racional, y pasó de aquel derecho al Código de las Partidas y á todos los modernos.

SOCIEDAD UNIVERSAL. Ley 6.ª—[1]*So tal pleito faciendo la compañía que todos los bienes que avian los compañeros estonce, é que ganasen adelante, se ayuntasen en uno, é fuesen comunales entre ellos; desde el dia en que tal pleito fuese firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, é los bienes que han, ó que les vinieren, en cualquier manera que sean; é aunque fuese castrense, vel cuasi castrense peculium.* [2]*Otrosi cada uno destos compañeros puede usar destos bienes, é facer demanda sobre ellos, bien así como de lo suyo mismo.* [3]*Pero si alguno de los compañeros oviese señorío, ó jurisdiccion sobre castillo, ó tierra, ó oviese á recebir alguna cosa de sus debdores, los otros non lo podrian demandar, nin usar de la jurisdiccion del señorío; si señaladamente non les fuese otorgado del otro compañero poder de lo facer.*

Todo cuanto posean las partes en el momento de celebrar el contrato, y lo que despues adquieran por cualquier título, entra en esta sociedad; por lo que con razon se la define sociedad de todos los bienes presentes y futuros: *In societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur*

(Ley 1.ª, § 1.°, Dig. *Pro soc.*).—*Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hæreditas, et legatum, et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiretur* (Id., ley 3.ª, § 1.°). Las cosas adquiridas por título gratuito, solo quedan escluidas de la universalidad en el caso de que se hayan donado ó legado al sócio con esta condicion.

El derecho romano ni aun esceptuó la reparacion civil proveniente de una injuria hecha al sócio ó á algun individuo de su familia..... *Si omnium bonorum socius sit: Neratius ait sive ob injuriam sibi factam, sive ipsius, sive filii corpori nocitum sit, conferre debere* (Id., ley 52, § 16).

No menos esplícita se muestra la ley trascrita, al fijarse despues de una larga numeracion, tanto mas comprensiva, cuanto mas genérica, en los bienes castrense vel cuasi.

La sociedad contraida puramente principia en el acto de su celebracion, y desde este momento las cosas son comunes como si hubiese intervenido una tradicion ficta: *Omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (Ley 1.ª, § 1.°, y ley 2.ª, Dig. *Pro soc.*).

Los que el sócio adquiera en nombre propio, le pertenecen esclusivamente, pero sus consócios tienen accion contra él para hacérselos aportar: *Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare* (Ley 74).

Los bienes se reciben con las cargas siempre que no procedan de orígen ilícito: *Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus* (Ley 59, § 1.°). La sociedad está por tanto obligada no solo á las deudas que tuviere cada asociado al entrar en sociedad, deudas indeclinables, *cum bona non intelligantur nisi deducto ære alieno*, sino á sus gastos y los de su familia.

En una sociedad de este género, formada por pactos comunes, en cuya virtud participan los sócios de los mismos derechos y obligaciones, parece lógico que pueda cada uno usarlos y hacer demanda sobre ellos, cual si fueren propios. Pero este artículo de la ley se subordina á las reglas que tengan establecidas en punto á administracion.

Como las deudas activas por su naturaleza son incapaces de tradicion, no pueden pasar de persona en persona sino mediante la cesion de acciones: *Ea vero, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent* (Id., Ley 3.ª). Por eso añade la ley que, aunque un sócio tenga señorío, jurisdiccion ó créditos, sus consócios no podrán usarlos ni pedirlos si no les otorga poder espreso para hacerlo.

Ha sido motivo de controversia, si la sociedad universal, cuando nada se haya estipulado, comprenderá los bienes futuros. Gomez contesta afirmativamente, pues aunque no podria darse demasiada latitud á una frase si se tratara de contratos capaces de inferir perjuicio, puede hacerse en este donde no hay el mismo peligro: *Cum societas sit reciproca, vicissitudinaria, non censetur fieri in præjudicium partibus, quia lucrum et damnum debet communicari* (Var. Res., tom. II, cap. V, núm. 3).

Gregorio Lopez dice: *Quia non venirent bona futura in societate universorum bonorum, nisi exprimatur.* Advierte, no obstante, que celebrada simplemente ó en términos genéricos una sociedad de todos los bienes: *Non dicendo aliquid de præsentibus, neque de futuris, quod tunc etiam futura venirent communicanda* (Glosa 2.ª, ley 3.ª).

Son de tal género los inconvenientes de una sociedad de bienes futuros, que el Código civil francés no las autoriza. Pero el antiguo derecho comprendia sin distincion todos los bienes, y la presuncion está en favor de esta doctrina, como lo contrario no resulte de las cláusulas del contrato, lo que en definitiva resolverá la cuestion.

Sociedad general. Ley 7.ª—[1]*Simplemente faciendo algunos omes compañía diciendo, seamos compañeros; non nombrando, nin señalando, que la ficieren sobre todas sus cosas, se entiende que deben partir entre si egualmente todas las cosas que ganaren de aquel menester, ó de aquella mercadería que usaren.*

Formada una sociedad simplemente ó sin espresar su objeto, se presume haberlo sido de todas las cosas que se adquieran por su industria.

El derecho romano no se opuso á que se contrajera una sociedad bajo esta forma, pero limitó el compromiso de los con-

trayentes suponiendo que habia sido su objeto no constituir sociedad de todos los bienes, sino solo de las ganancias: *coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum, quæ ex quæstu veniunt* (Ley 7.ª, Dig. *Pro soc.*). La sociedad universal de ganancias tiene consecuencias menos graves que la universal de bienes, porque esta implica una enajenacion, mientras que aquella deja los bienes en manos de los asociados.

No todas las utilidades se comunican en esta sociedad, sino las que procedan de la industria de una persona, del ejercicio de su profesion, sus emolumentos ó sueldos. La palabra ganancias equivale á la voz latina *quæstus*, de la que dió Paulo la siguiente definicion: *quæstus intelligitur qui ex opera cujusque descendit* (Ley 8.ª). Por lo que algun jurisconsulto, Favre, siguiendo á Acursio dice: *hoc verbum operam et diligentiam et solertiam significat:* la palabra *quæstus* es á la palabra *lucrum* lo que el particular es al general. Las ganancias que provengan de un título lucrativo como la donacion, el legado, etc., están escluidas de esta sociedad, pues segun la ingeniosa esplicacion del jurisconsulto antes citado: *Hæc etiam negligentibus et dormientibus, denique omnino ignorantibus acquiruntur, nulloque ipsorum facto intercedente.*

La ambigüedad de la cláusula no hace nada al objeto: aunque al convenirse digan que forman sociedad de todas las ganancias y utilidades que obtengan de una parte ú otra, no por eso la sociedad cambiará de especie: *Sed et si adjiciatur, ut et quæstus et lucri socii sint, verum est, non ad aliud lucrum, quam quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere* (Ley 13, Dig.).

En nuestra época bastante mas propicia al espíritu de asociacion, la anterior doctrina ha parecido rígida, por lo que el Proyecto declara que la sociedad universal de ganancias abraza todo lo que los sócios lucrasen durante su asociacion con sus bienes ó industria. No censuramos la reforma; pero si tal fuere la voluntad de los sócios, deben decirlo.

Sociedad singular. "*Otrosí si ficieren compañía sobre una cosa señaladamente, así como sobre vender vino, paños ó cosa semejante, deben partir entre sí las ganancias que ficieren en el*

*tiempo de la compañía, en la manera que convinieron cuando la ficieron. Mas las otras ganancias que ficieren por otra razon, non las deben partir entre sí, ante deben ser propias del que las ganare.....*

La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso ó sus frutos, una empresa señalada ó el ejercicio de una profesion ó arte; de modo que dentro de su especie es ó puede ser múltiple.

Las utilidades que se comunican son las provenientes de la industria para la que se haya formado, no las que reconozcan distinto orígen: *Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quæsierat, et lucri senserat; quærebatur, an commune esse lucrum oporteret? Et imperator Severus Flavio Felici rescripsit: Etamsi maxime argentariæ societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsiit, id ad communionem non pertinere, explorati juris est* (Ley 52, § 5.°, Dig. *Pro. soc.*).

Tan raras como son las sociedades universales, son hoy frecuentes las particulares, que abarcan todos los objetos esplotables y concentran por decirlo así todo el interés de este contrato. Estas sociedades forman dos grandes clases, la civiles y las comerciales; estas últimas están destinadas á ejercer actos del comercio, por lo que el fin es el que les imprime su carácter; todas las demás son civiles. Establecida una sociedad con objeto determinado, la escritura en que se consigne su reglamento orgánico ó las condiciones que la constituyen, es la ley del contrato, que fija los mútuos derechos y deberes de los asociados; y por consiguiente no puede considerarse estensiva á otros objetos diversos (S. 13 Abril 1861).

Ley 8.ª—*De furto, robo, engaño, ó de otra manera mala faciendo ganancias algunas los compañeros, non deben los otros rescibir parte. Si acaesciere que el que así las ganare, las adujere á particion con los otros compañeros, si parte rescibieren dellas, é aquel que las ganó fuere despues vencido en juicio, de guisa que las haya de tornar á aquelllos, cuyas fueren; cada uno dellos tenudo es de tornar á aquel su compañero, la parte que le cupo de aquellas ganancias, maguer non sopieron, cuando las*

*recibieron, que fueron de mala parte. Mas si los compañeros saben, cuando rescibieron parte de la ganancia, que fuera mal ganada; maguer que aquel que así la ganó, non diese tanta parte á cada uno dellos, cuanta le cabia, por aquella parte que rescibió el otro, cuanta quier que sea; es tenudo cada uno dellos, de ayudarle á pechar, de los bienes de la compañía todo cuanto oviere á pechar por esta razon, bien así, como si oviesen avido sus partes enteramente: é non pechara el que la fizo, mayor parte que ninguno de los otros. Esto es, porque recibiendo esta parte consintieron, é otorgaron el mal que otro oviese fecho.*

Aunque háse dicho y repetido que los sócios están obligados á comunicar á la sociedad sus ganancias, una declaracion importante señala el justo límite al ejercicio de este deber.

Los adquiridos por medios ilícitos no merecen tal nombre ni deben aportarse á la sociedad: *quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri palam est: quia delactorum turpis atque fœda communio est* (Ley 53).

Esto es lo justo y lo que manda nuestra ley, de donde se sigue como primera consecuencia que si el sócio fuere vencido en juicio, cada uno de sus consócios está obligado á devolver la parte que percibió en dichas ganancias, aunque ignorase al recibirlas que eran mal adquiridas: *Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit* (Ley 54, Dig.).

Los efectos de este hecho, aunque personal, obligan à todos los sócios, pues seria injusto que estos se lucrasen con bienes ilícitos.

La segunda consecuencia es que si los sócios al recibir aquella parte de ganancia sabian que era mal adquirida, aunque las porciones sean desiguales, quiere decir que no á todos hubiese cabido igual parte, cada uno de ellos concurre á pagar lo que se debe de los fondos de la compañía: *tota pœna de communi deducitur;* en castigo de su complicidad.

El argumento de la ley está tomado de la 55 del Digesto, pero segun observa Gregorio Lopez, y es fácil demostrarlo por la comparacion, la copia es mas concreta que el original: *Si igitur ex hoc conventus fuerit, qui maleficium admisit: id, quod contulit,*

*aut solum, aut cum pœna auferret. Solum auferret, si mihi proponas, insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam pœnam socium agnoscere oportet: æquum est enim, ut cujus participavit lucrum, participet et damnum.*

ARTÍCULO 3.°

*Objeto de la sociedad.*

Ley 2.ª—*Facer se puede la compañía sobre las cosas guisadas, é derechas; así como en comprar, en vender, en cambiar, é arrendar, é logar, é en las otras cosas semejantes, en que pueden los omes ganar derechamente.* [2]*Mas sobre cosas desaguisadas non la pueden facer, nin deben; así como para furtar, ó robar, ó matar, ó dar á logro: nin facer otra cosa ninguna semejante que fuese mala, é desaguisada, é contra buenas costumbres. E la compañía que fuese fecha sobre tales cosas como estas, non debe valer; nin puede demandar ninguna cosa uno á otro por razon de tal compañía.*

Ningun objeto de tantos como puede abarcar la actividad humana es estraño al espíritu de sociedad y de empresa; solo un requisito pone la ley por condicion, y es que ese objeto sea lícito.

Los jurisconsultos romanos que tan repetidos esfuerzos hicieron para hacer penetrar en las leyes la moral y la filosofía, han insistido sobre esta idea fundamental de la sociedad como de todos los contratos. Así lo pronuncia Ulpiano invocando antiguas opiniones y empleando tal lujo de erudicion, que segun la exacta advertencia de un autor moderno, solo puede atribuirse á la energía de sus convicciones: *Nec prætermittendum esse, Pomponius ait, ita demum hoc esse verum, si honestæ et licitæ rei societas coita sit: cæterum, si maleficii societas coita sit, constat, nullam esse societatem: generaliter enim traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem* (Ley 57, Dig. *Pro. soc.*).

No satisfecho el legislador con haber reproducido este precepto abstracto, trata de hacerle mas perceptible por medio de

ejemplos: pocas veces D. Alfonso, en aras de una elegancia mal entendida, sacrificó la claridad tan recomendada en las leyes.

La presente declara válida la compañía hecha sobre cosas lícitas y justas, como comprar, vender, cambiar, arrendar y otras semejantes que ofrecen á los hombres una ganancia lícita. Probibe, por lo tanto, celebrarla sobre cosas desaguisadas, con fines dañados como serian robar, matar, dar á usura, ni hacer cosa parecida que fuese mala y contraria á las buenas costumbres: *Delictorum turpis, et fœda communio est* (Glosa 1.ª).

Autorizando la ley toda compañía que tenga por objeto alguna operacion de lucro, si se celebra este contrato para la compra de bienes nacionales, es válida y debe cumplirse, siempre que en su constitucion y en su fin no se use medio alguno ilícito ó reprobado (S. 14 Abril 1860).

La sociedad celebrada con cualquiera de estos reprobados fines no debe valer, ni los sócios tienen accion para demandarse cosa alguna por las utilidades.

FUTURA SUCESION. Ley 9.ª—[1]*Firmando, ó faciendo alguna compañía so tal pleito que los bienes que entendieren de heredar de algun ome, que nombrasen señaladamente, fuesen comunales entre ellos, onde quier que los heredasen, por ser establecidos por herederos, ó de otra guisa; tal pleito non vale, pues que señalan la persona de aquel cuyos son los bienes.* [2]*Fueras ende, si fuese fecho con su placer, é que durase en esta voluntad fasta su fin: porque podria acaescer que algunos dellos se trabajarian de muerte deste atal por cobdicia de partir los bienes suyos entre sí. Por ende, pleito de que podria nascer tan gran mal como este, defendemos que non vala.* [3]*Mas si cuando firmasen el pleito de la compañía, lo ficiesen diciendo que todas las ganancias que les viniesen de cualquier parte por heredamiento que atendiesen heredar, non nombrando de quien, ó de otra manera, fuesen comunales á todos; valdria el pleito, é auria cada uno su parte de tal ganancia.*

Aquí tenemos la aplicacion á un caso especial de un precepto comun de derecho: á los pactos reprobados corresponden los captatorios que se celebran bajo la esperanza de futura su-

cesion. La sociedad constituida en esta forma seria nula con la siguiente distincion, igual en el fondo á la que se estableció para la compra-venta.

Es nula la sociedad contraida bajo pacto de comunicarse los sócios los bienes que esperasen heredar de determinada persona, á menos de hacerlo con beneplácito de esta, permaneciendo en su voluntad hasta el fin: la ley da la razon; porque podria acaescer que algunos dellos se trabajarian de muerte deste tal por cobdicia de partir sus bienes.

Vale, por no existir el mismo peligro, si al celebrarla estipulasen los sócios que fuesen comunes las ganancias que les viniesen de cualquier parte, por herencia que esperasen sin decir de quién, ó de otra manera.

## § II.

### *Efectos jurídicos del contrato de sociedad.*

#### ARTÍCULO 1.º

#### *De la administracion de la sociedad.*

De estrañar es que entre varias leyes alusivas al contrato de sociedad, no haya una siquiera para determinar su condicion mas importante, que es la administracion. Hemos pensado en este silencio, y no podemos señalar como causa la falta de antecedentes históricos que reproducir. Por do quiera que la historia nos muestra grandes sociedades civiles, las veremos, dice Troplong, provistas de una administracion y de un gobierno: en Roma las sociedades de publicanos, tan conocidas por su estension y su influencia, tenian jefes llamados *magistri*, que las representaban activa y pasivamente. Si no hay en el correspondiente título del Digesto leyes que regulen sus atribuciones, es como afirma aquel jurisconsulto, prescindiendo de otras hipótesis, porque las relaciones de estos gerentes con sus consócios entraban en el círculo del mandato; la accion *pro socio* quedaba

reservada para los actos que tenian orígen en la sola cualidad de asociado. Pero la administracion formaba parte muy principal de las constituciones sociales, y segun repetidos pasajes de aquel derecho, en la mayor parte de sociedades habia gerentes elegidos entre los mas capaces. La causa fué, si no un olvido, una mala inteligencia del legislador. Los redactores de las Partidas, despues de establecer la mas perfecta igualdad entre los sócios, abandonaron una materia cuyo arreglo, en tanto que no se rigiese por este principio, creyeron que pertenecia al dominio esclusivo de la convencion. Mas avisados los modernos Códigos, contienen disposiciones concretas, partiendo de una distincion fundamental, á saber: ó los sócios nada han estipulado acerca del modo de administrar, ó han investido á una ó varias personas con este encargo.

El silencio de los sócios revela su propósito de rechazar toda idea jerárquica, por lo que deferente la ley á su voluntad, se limita á establecer sus derechos recíprocos. Todos los sócios se consideran apoderados, y lo que cualquiera de ellos haga por sí solo, obligará á la sociedad; pero cada uno podrá oponerse á las operaciones de los demás, antes que hayan producido efecto legal.—Cada uno de los sócios puede servirse de las cosas que componen el fondo social, segun costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, ó de tal modo que impida el uso á que tienen derecho sus compañeros.—Todo sócio puede obligar á los demás á costear con él los gastos necesarios para la conservacion de las cosas comunes.—Ninguno de los sócios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil á la compañía (Art. 1.589, Proy. Cód.).

Los sócios tienen igual derecho en la administracion, pero en interés mismo de la compañía, pues rara vez se reune un personal numeroso sin que el contrato constituya y centralice su accion, puede haberse confiado la gerencia á determinadas personas. Cuando así sucede, la ley fija el poder del administrador y dá las reglas que á falta de pago espreso dirijan su conducta: las mas generales en este caso son como siguen:

Cuando haya sócios especialmente encargados de la administracion, estos únicamente podrán dirigir las operaciones de la sociedad, siempre que se refieran al objeto de la misma, quedando reducidas las obligaciones de los que no administran á no entorpecer ni contradecir sus gestiones, ni privarles de la administracion, ni revocar sus poderes, salvo el caso en que procedieran de mala fé.

Cuando dos ó mas sócios han sido encargados de la administracion social, sin determinarse sus funciones ó sin haberse espresado que no podrian obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administracion separadamente: *Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligavit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligatur exercitor. Sed et sic præposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit* (Ley 1.ª, §§ 13 y 14, tít. I, lib. XIV, Dig.).

En el caso de haberse estipulado que uno de los sócios administradores no haya de obrar sin el otro, se necesita el concurso de todos ellos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia ó imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave é irreparable para la sociedad: *Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero, posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc prætermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio, ad læsionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur* (Ley 28, tít. III, lib. X, Dig.).

A estos principios se atemperan las siguientes resoluciones:

Toda sociedad queda obligada por los actos de su gerente ó representante verificados dentro del límite de sus atribuciones (S. 5 Diciembre 1867): si celebra un contrato, estando autorizado para ello aunque los sócios no intervengan, están obligados á cumplirlo, y aun dan á entender que lo aprueban por el hecho de participar de las ganancias resultantes de dicho acto

(S. 19 Abril 1861). Pero no tiene valor legal el convenio acordado entre una sociedad y un individuo de ella, cuando no ha sido autorizado ni aprobado por los sócios (S. 29 Diciembre 1864).

### Artículo 2.°

*Deberes de los sócios entre sí y respecto de terceras partes.*

Ley 7.ª—*'Otrosí los daños é menoscabos deben ser comunales..... Fueras si acaesciesen por culpa, ó por engaño de alguno de los compañeros; ca estonce tan solamente á aquel pertenece, é non á los otros. Pero si este, por cuya culpa avino el daño, pudiese probar que puso y aquella guarda que ficiera si suyas fuesen aquellas cosas; por tal culpa non seria tenudo de pechar el menoscabo; ante debe alcanzar á cada uno dellos su parte.*

Teniendo la sociedad por base la confianza, no hay para qué decir que los sócios se deben la mas exacta buena fé: engañar á un sócio era entre los romanos, lo mismo que entre nosotros, una deslealtad vituperable. *Recte igitur*, dice Ciceron, *majores eum qui socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.*

Las leyes de Partidas, como la Instituta, y todos los Códigos, prescriben reglas acerca de su responsabilidad: ¿de qué falta responden los sócios? La ley trascrita contesta por nosotros á esta pregunta. Responde del dolo y de la culpa próxima al dolo, la culpa lata: *venit autem in hoc judicium pro socio bona fides* (Ley 52, § 1.°, Dig. *Pro. soc.*).

¿Será este el límite de su responsabilidad? Los jurisconsultos romanos agitaron esta cuestion, mas Justiniano dice que prevaleció la opinion de los que sostenian que estaba obligado á la culpa leve: *prevaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum* (Inst., § 9.°, de *Soc.*).

Por culpa se entiende tambien la de omision, como si por falta inescusable dejase el sócio de hacer una compra ventajosa á la sociedad: *si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa empta non sit, pro socio esse accionem constat* (Ley 52, § 11).

En cuanto á la culpa levísima, las escuelas estuvieron mas contestes. Gayo afirma que no puede exigirse de un sócio una diligencia exactísima: *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est*. Basta que emplee en los negocios sociales el cuidado que emplea en los propios: no puede pretender de él otra cosa el consócio que tuvo en su mano haber hecho mejor eleccion. *Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi socium acquirit de se quæri debet* (Ley 72, Dig. *Proc. soc.*: Inst., § 9.°).

Ley 17.—[1]*Toman á las vegadas algunos de los compañeros de las cosas de la compañía, sin sabiduría de los otros; é maguer que la tome así, non deben asmar que la furta, porque non debe ome sospechar que ninguno quisiere furtar nada de aquellas cosas, en que ha su parte. E lo que desta guisa tomase alguno de los compañeros, non gelo pueden demandar en manera de furto. Fueras, si pareciesen señales tan ciertas contra él, porque oviesen de creer que lo habia tomado con voluntad de lo furtar.....*

Los actos de los sócios deben interpretarse de buena fé, no tomarlos á mala parte como claras señales no demuestren que procedió con ánimo de perjudicar á sus compañeros. Esta presuncion tan conforme con la naturaleza del contrato, produjo la doctrina del fragmento 51 del Digesto, que es el argumento de la primera parte de nuestra ley: *Merito autem adjectum est, ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit: quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur: et sane, plerumque credendum est, eum, qui partis dominus est, jure potius suo (re) uti, quam furti consilium inire.....*

Las obligaciones de los sócios respecto á terceras personas son resultado del interés que representan en la empresa, y la parte que les cabe en su administracion. El derecho mercantil tiene reglas especiales segun sea la forma de la sociedad; por derecho comun no hay otra regla que el principio de la ley recopilada, de que no existe mancomunidad solidaria entre deudores, y segun el Proyecto de Código, ni aun entre acreedores, sino en virtud de pacto espreso ó de disposicion de ley. Para suplir una materia de tan escasos precedentes jurídicos, no nos

queda otro remedio que reproducir como jurisprudencia, ya que no como doctrina legal, las siguientes conclusiones de dicho Proyecto.

Aunque los sócios responden de las deudas que ha contraido la sociedad, no es solidariamente sino á prorata ó cada uno segun su parte, salvo pacto en contrario.

Un sócio solo puede obligar á la sociedad contrayendo en su nombre y en virtud de poder espreso, por lo que los actos verificados por el que carezca de este requisito no obligarán á sus consócios, sino en tanto que hayan cedido en beneficio de la sociedad.

Ignorando los acreedores el importe de las respectivas aportaciones y los pactos establecidos para regular las pérdidas, pueden reclamar de cada sócio la parte proporcional á su crédito: v. gr., si la deuda fuere de cuatro mil reales y cuatro los sócios, tendrán derecho á exigir de cada uno de ellos mil reales, sin perjuicio de la distribucion que estos acuerden entre sí conforme á los pactos sociales.

Los acreedores de la sociedad tienen preferencia sobre los de cada sócio respecto á los bienes sociales, sin que obste su privilegio para que los particulares puedan pedir el embargo y remate de la parte que tengan en el fondo social, en cuyo caso habrá lugar á la disolucion de la sociedad, y el sócio que la ocasione responderá de los daños y perjuicios, si se verificase en tiempo oportuno.

### Artículo 3.°

*Doctrina acerca de la distribucion de pérdidas y ganancias.*

Ley 3.ª—[1]*Todos los pleitos que pusieren entre sí, que sean guisados, é derechos, sobre cada una destas compañías valen, é deben ser guardados en la guisa que los pusieren.* [2]*E si sobre las ganancias, é las pérdidas, non fuere puesto pleito, en que manera se deben compartir entre ellos, debenlas partir igualmente.* [3]*Si de las ganancias ficieron pleito, cuanto debe haber cada uno de-*

*llos, non faciendo enmiente de las pérdidas, entiendese que tanta parte les alcanza de las pérdidas, cuanta deben haber cada uno de las ganancias. Lo mismo seria si ficiesen pleito sobre las pérdidas, non faciendo enmiente de las ganancias.*

En la ley se advierte primero la consagracion de un principio, á saber: que los pactos deben cumplirse en la manera que fueren convenidos, y despues la aplicacion de este principio á un caso especial, uno de los mas importantes, si ya no el principal de la asociacion, la distribucion de pérdidas ó ganancias. Cuando los asociados nada hayan determinado por la convencion, la ley se encarga de arreglar este punto. De donde provienen dos distintos órdenes de particion, dentro de la ley.

La regla consignada en los dos primeros números, tiene por base la justicia, la Instituta por modelo: *Si expræsse fuerint partes, hæ servari debent: quod si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes in lucro et in damno spectantur* (libro III, tít. XXV, § 1.º).

En este contrato concurren, como en todos, requisitos esenciales, y otros que se recomiendan por su equidad. De esencia es, por ejemplo, que cada contrayente contribuya con algo para formar su fondo comun, que se le dé la aplicacion conveniente para obtener algun lucro, y que este ceda en interés de todos. De equidad es, ya que no de esencia, que cada contrayente retire una parte igual en las ganancias y en las pérdidas. Mas la igualdad de que hablamos ¿ha de ser la absoluta ó la relativa? hé aquí una dificultad. Algunos han creido que aunque las aportaciones sean desiguales, la participacion debe ser igual, fundándose en el texto de Ulpiano: *si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat* (Ley 29, Dig., *Pro. soc.*).

Otros han supuesto que el eminente jurisconsulto hablaba no de una igualdad absoluta, sino relativa, como Pomponio afirma en la ley 6.ª y Próculo en la 80 del mismo título. Hay una tercera opinion que ha procurado conciliar, mediante una distincion, estas dos interpretaciones opuestas. En la sociedad particular, la igualdad relativa es el único medio de establecer entre los asociados proporciones justas. Si es de todos los bie-

nes, se ha dicho, cualquiera que sea la desigualdad, la proporcion debe ser la misma, porque tales sociedades están sometidas á contingencias capaces de destruir las combinaciones primitivas.

Aunque hay diversas teorías y opiniones acerca de este punto, no las recordamos: tendriamos para eso que invertir un espacio mayor del que debemos disponer, y acaso sin objeto; pues para nosotros no admite duda que la desigualdad de que habla la ley es la relativa. La ley 7.ª, antes citada, § 3.° dice: *Otrosi; deben ser comunales entre los compañeros los daños é los menoscabos que les acaescieren á cada uno por su parte, segun les alcanzare de las ganancias.*

Hablamos en tésis general; que puede haber por lo menos dos escepciones: 1.ª cuando uno de los asociados, con conocimiento de que su consócio hace una aportacion menor, le gratifica concediendo que entre con él á partes iguales. El derecho romano declaró que podia celebrarse sociedad universal entre personas que tuvieren diversidad de fortuna: *Hæc societas coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus*. La razon que da Ulpiano es que la industria del pobre puede compensar el mayor valor de la aportacion del rico: *cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest* (Ley 5.ª, § 1.°).

Ningun inconveniente ofrece esta doctrina, porque el sócio ha consentido esta diferencia por su voluntad y *volenti non fit injuria*. Y aunque se diga que semejante pacto envuelve una donacion prohibida en dicha ley: *donationis causa societas non recte contrahitur*, responderemos, ó que en el pacto se atendieron otras consideraciones, ó que uno de los sócios quiso hacer al otro gracia de esta diferencia, sin que el contrato por eso dejara de ser verdadera sociedad.

2.ª Cuando sin embargo de haber asignado á un sócio mayor parte de las ganancias que á los otros, el favorecido compensa la diferencia por algun servicio estraordinario que preste á sus consócios; circunstancia fácil de presumir en una infinidad de suposiciones.

Cuando hecha la distribucion de ganancias, los contrayentes nada hubieran estipulado acerca de las pérdidas, ó al revés, la proporcion debe ser la misma: *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari* (Inst., § 3.º). Donde existe la misma razon, debe ser igual la disposicion del derecho: *Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet* (Vinio).

Ley 4.ª—[1]*Los compañeros que se ayuntan para facer compañía, para ganar, acaesce á las vegadas que el uno dellos es mas sabidor que el otro, de aquella arte, ó de aquella cosa, de que deben usar, sobre que facen la compañía; ó se mete á mayor trabajo, ó se aventura á mayores peligros. E por ende, cuando ficiesen pleito entre sí, que este atal oviese otrosi mayor parte en las ganancias; ó si facen pleito que si se perdiese en la compañía, en aquellas cosas que usan, que non oviese parte en la pérdida; tales pleitos ó otros semejantes valen é deben ser guardados en la manera que fueren puestos.* [2]*Mas si facen pleito que el uno oviese toda la ganancia, é que non oviese parte en la pérdida; ó toda la pérdida fuese suya, é non oviese parte en la ganancia, non valdria el pleito que desta guisa pusiesen. E tal compañía como esta llaman leonina.*

Sin faltar á la igualdad, que parece el principio fundamental de las sociedades, cabe que se estipulen porciones diferentes, ó por favor á un sócio ó por consideracion á sus merecimientos. Una cosa no autoriza la ley: formar sociedad leonina, alusion ingeniosa al apólogo de Esopo sobre el peligro de las sociedades formadas con hombres mas poderosos que uno mismo, que consiste en estipular toda la ganancia para uno, toda la pérdida para otro.

Remontándonos á las fuentes de este derecho, la ley en las dos partes que comprende, tuvo orígen en la 29 del Digesto, donde Ulpiano se propone y resuelve varios casos sobre esta materia. Hé aquí el primero: *si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere: si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscumque alterius rei causa.*

Es difícil de concebir cómo valga una sociedad en la que se pacte que un sócio reciba dos partes y otro una tercera. Quinto Mucio rechazó esta convencion como contraria á la naturaleza de la sociedad que busca la igualdad: Servio Sulpicio la admitió y logró hacer prevalecer su dictámen por las razones que indica Justiniano en la Instituta dando cuenta de esta diversidad de pareceres: *Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti* (§ 2.°). Nadie duda que puede contraerse sociedad poniendo uno el dinero y otro nada, y considerar á pesar de eso el lucro comun: *Quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet.*

El segundo no ha producido menos; pero consiste en haberse esplicado con poca exactitud. Oigamos á este propósito la esposicion de Ulpiano en el fragmento á que nos referiamos: *Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc societatem leoninam solitum appellare.....*

Casio opinaba que podia celebrarse sociedad de tal modo que uno sufriese la pérdida, y el lucro fuese comun: Sabino modificó su opinion y la hizo prevalecer, añadiendo que debia entenderse cuando el trabajo del sócio importase tanto como el daño recibido: *Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus.*

La Instituta aceptó esta solucion: *Quod ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucri esse.*

Tal es el temperamento adoptado por nuestra ley: que el mas instruido, ó el que haya prestado mayores servicios, no tenga parte en las pérdidas, puede ser una justa compensacion; pero no hay razon que justifique la desigualdad de que uno retire toda la ganancia y el otro sufra toda la pérdida.

Ley 5.ª—[1]*Engañosamente se trabajando algun ome para aver compañía con otro; si se firmase por pleito, desque el otro conosciese el engaño, non es tenudo de lo guardar.* [2]*Otrosi cuando dos omes ficiesen compañía de so uno, diciendo el uno al otro,*

*que maguer le ficiese algun engaño en la compañia que non gelo demandaria; tal pleito non vale, nin debe ser guardado. Ca los pleitos que dan carrera á los omes para facer engaño, non deben valer. *³Otrosi si algunos ficiesen pleito en su compañia desta guisa; que cada uno dellos oviese tanta parte en la ganancia, ó en la perdida, cuanta digese algun otro que nombrasen; é aquel que señalasen para esto, ficiese las partes guisadas, é derechas, deben estar por su alvedrío. Mas si las ficiese desaguisadas, como si mandase tomar mayor parte al uno que al otro, en las ganancias, ó en las perdidas, non mostrando alguna derecha razon porque lo mandaba, non valdria el alvedrio; ante debe ser enderezado por alvedrío de omes buenos, que caten, si alguno de ellos meresce mayor parte, por ser mas sabidor, ó por llevar mayor trabajo. E si fallaren que es así, deben gela dar, segun entendieren que es guisado; é si non, manden que lo partan egualmente.*

La ley respeta los pactos justos por el principio tan sabido en derecho, de que la voluntad de los particulares da la regla en los contratos; pero no puede aprobar los dolosos, los que están hechos por fraude; y tal es el contenido de la actual en sus diferentes capítulos.

1.° Si uno induce á otro con engaño á formar sociedad, aunque esté convenida, descubierto el engaño, es nula: *societas, si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius nomenti est; quia fides bona contraria est fraudi, et dolo* (§ 3.°, ley 3.ª, Dig.).

2.° Menos todavía cabe renunciar al engaño aunque no se descubra: semejante convenio es inmoral; sabido es que no puede pactarse el dolo. En forma dogmática y gráfica recuerda la ley este principio, que es de derecho universal: *los pleitos que dan carrera á los omes para facer engaño, non deben valer*.

3.° Si la sociedad se hubiese celebrado dejando á eleccion de un tercero la distribucion de pérdidas y ganancias, y el designado hiciese partes justas y rectas, debe pasarse por su hecho. Si lo contrario hiciese, dando á uno mayor parte que al otro sin manifestar una razon derecha para semejante des-

igualdad, debe ser enmendado por albedrío de hombres buenos que juzguen si alguno de los sócios merece mayor parte, ó por ser mas entendido, ó por haber puesto mas trabajo: si tal aconteciese deben dar lo que les parezca, y sino á partes iguales.

Sucede tambien que los sócios encomiendan la distribucion de pérdidas ó ganancias á la voluntad de uno de ellos ó de un tercero. Los jurisconsultos romanos previeron este caso, y, creyendo que el árbitro, aunque honrado con esta confianza, no era un juez de derecho, cuyo fallo fuese incontrastable, opinaron que se podia reformar siendo injusto. Así dice esta ley aconsejando los medios de precaver ó remediar tal peligro.

## § III.

### *Causas de disolucion de una sociedad.*

Ley 10.—[1]*Desatase la compañía en muchas maneras, é primeramente por muerte natural de alguno de los compañeros: ca maguer sean muchos, desfacese la compañía por la muerte del uno. Fueras, si cuando la firmaron, pusieron pleito entre sí, que maguer muriese alguno dellos, los otros fincasen en la compañía.* [2]*Otrosi, si alguno de los compañeros fuese desterrado por siempre en alguna isla, se desface la compañía por tal razon como esta; porque tal desterramiento es llamado en latin muerte civil. E non le dicen así sin razon, pues nunca el ha de salir de aquel lugar, é pierde por ende todos sus bienes.* [3]*E aun decimos que se desface la compañía, si alguno de los compañeros es encargado de muchos debdos que ha á desamparar por ende todos sus bienes á aquellos á quien son obligados por razon de las debdas.* [4]*Otrosi se acaba, muriéndose, ó perdiéndose de otra guisa la cosa porque fué fecha.* [5]*Eso mismo decimos, si la cosa sobre que ficieron compañía, mudase despues su estado. Esto seria, como si fuese la cosa atal, de que podrian los omes usar, sirviéndose della, é despues la ficiesen sagrada, como si fuese casa de morada,*

*é la ficiesen eglesia; ó si fuese plaza, é ficiesen della cimenterio; ó por otra razon semejante destas.*

Ulpiano redujo á cuatro causas las circunstancias que hacen acabar la sociedad: *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas* (Ley 63, § X, Dig. *Pro soc.*). Acaba con las personas por la muerte natural ó civil de los asociados; con la cosa, por su estincion ó la terminacion del negocio para el que se contrajo; por la voluntad, cuando alguno de los sócios espresa su deseo de retirarse, ó se ha fijado un término á su duracion, y por la accion, cuando se ha producido la novacion de este contrato ó una sentencia ha pronunciado su disolucion.

La ley de Partidas tomando aquel precepto por modelo coincide en sus declaraciones.

La primera causa que señala es la muerte de un sócio. Los romanos interpretaron esta causa con tal rigor que declararon nulo el pacto por el que hubiesen convenido en que la sociedad continuase con sus herederos. Para esto pudieron tener dos motivos; el uno que la sociedad es un contrato de confianza y no debe continuar con personas inciertas ó desconocidas: el otro el respeto á las últimas voluntades, pues no permitian encadenar la libertad de testar de la que eran tan celosos: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit* (§ V, Inst.). *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab inicio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati* (Ley 59). Estaba esceptuada únicamente la sociedad que tuviere por objeto la recaudacion de las rentas públicas.

Aunque los sócios sean varios, la sociedad concluye por muerte de uno de ellos; pues habiéndose reunido los unos por contemplacion de los otros se infiere que cuando uno muere los demás desean separarse: *sed etsi consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convinerit* (§ V, Inst.).

Menos inflexible la ley de Partidas autoriza la continuacion de la sociedad si al formarla establecieron por pacto que aun-

que alguno de los sócios muriese, los sobrevivientes permanecieran unidos.

No porque el heredero tenga prohibicion de entrar en la sociedad está exento de cumplir las obligaciones contraidas por su causante. La persona civil ha desaparecido: los efectos nacidos del contrato permanecen. La ley 63, § VIII del Digesto declara: *in hæredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis hæres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est.* En su consecuencia la 17 de Partida repite: *si el un compañero ha á dar, ó á tornar debda alguna, ó otra cosa al otro, é muriese ante que la dé; su heredero es tenudo de dar ó de tornar aquello quel debia. Esto mismo seria, si se muriese aquel que debia recibir la cosa; el compañero es tenudo de lo dar á su heredero. Ca como quier que el heredero non puede entrar en la compañía, en lugar del compañero que fincó; con todo, en tales casos, ó en demanda, si la oviese un compañero con otro por razon de la compañía, tenudo es el heredero, de responder, ó pagar, ó rescibir en lugar de aquel cuyos eran los bienes que heredó, á él, é á los herederos de su compañero.*

Merced á ese derecho, puede pedir que se proceda á la division, no para participar de los efectos ulteriores, sino en cuanto al resultado de los actos verificados hasta la fecha.

2.ª La muerte civil: cuya razon se fundaba en que perdidos los bienes dejaba de existir la igualdad de derechos así para las utilidades como para las pérdidas que es la base del contrato de sociedad: *Dissociamur capitis diminutione* (Ley 4.ª, § 1.º).

Aunque en la actualidad no tiene aplicacion esta pena en el sentido en que la establecieron las leyes romanas y las de Partidas, puede admitirse en su lugar, como causa de disolucion, haber cometido delito, que lleve como accesoria la pena de interdiccion civil.

3.ª La insolvencia ó declaracion en quiebra; lo cual sucede cuando agobiado por las deudas el sócio hace cesion de bienes ó da lugar al embargo y remate de la parte de capital que tiene en la sociedad: *dissociamur egestate* (Dicha ley 4.ª). *Bonis à creditoribus venditis unius socii distrahi societatem Labeo ait* (§ 1.º, ley 65). Pero esta

causa no debe entenderse respecto del sócio industrial, quien no obstante ella, se concibe que pueda continuar prestando servicios á la sociedad.

4.ª Por la pérdida de la cosa ó por concluirse el negocio.

Cuando la sociedad se ha contraido para una cosa determinada, es natural que concluya por la muerte ó pérdida de la misma cosa: *neque enim ejus rei, quæ jam nulla sit, quisquam socius est* (Ley 63, § citado).

Dudan los autores respecto al tiempo en que ha de haber perecido la cosa para que produzca dicho efecto.

La ley comentada parece significar que ha de haber perecido despues de aportada á la sociedad, pues dice muriéndose ó *perdiéndose de otra guisa la cosa por que fué fecha*, y nada dispone para el caso en que haya perecido antes de aportarse.

Los autores establecen la siguiente distincion: si lo que ofreció el sócio fué la propiedad de una cosa y pereciese antes de aportarla ó llegar el plazo señalado en la escritura de formacion de la sociedad, adèmás de perecer para el sócio que conservaba su propiedad, se estinguirá la sociedad al menos con respecto á él por faltarle el capital que le represente: si se perdió despues de aportada, como esta pasó ya al dominio de la sociedad, perecerá para esta, que es su dueño; pero no se estinguirá por eso la sociedad, á no ser que estuviese esclusivamente limitada á la administracion de la cosa, en cuyo caso habrá de estinguirse por faltar el objeto único y esclusivo del contrato.

Goyena comentando el artículo 1.596 del Proyecto de Código dice: La sociedad se disuelve cuando alguno de los sócios ha prometido aportar á ella la propiedad de una cosa, y esta se pierde antes de haber sido aportada; pero no si se perdió despues.

La misma razon existe para considerar disuelta la sociedad por conclusion del negocio: *Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas* (§ 6.º, Inst.). Lo cual no sucederá cuando el negocio no esté contraido á una especialidad, sino que comprenda un ramo general del comercio.

A la pérdida de la cosa asimiló la ley cambiar de estado por un acto en cuya virtud saliese del comercio de los hombres: *Res vero cum aut nullæ relinquantur aut conditionem mutaverint, neque ejus, quæ consecrata publicatave sit* (63, Dig., Id.).

Hay que añadir á las anteriores causas la conclusion del término segun la ley 1.ª de este título, que enumera entre las circunstancias esenciales de la sociedad, la de formarse por tiempo determinado ó por vida de los sócios. Este modo obra la disolucion de pleno derecho: *Dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur.*

Renuncia. Ley 11.—[1]*Buena es la compañía entre los omes, mientra cada uno de los compañeros han voluntad de fincar en ella. Mas cuando alguno de los compañeros non se pagase della, puedela desamparar, si quisiere, diciendo á sus compañeros. Fasta agora me pague de aver compañía con vusco, mas de aquí adelante non quiero ser vuestro compañero; é non lo pueden embargar los otros, que lo non faga.* [2]*Pero si este atal se partiese de la compañía, ante que sea acabado el fecho sobre que la ficieron, ó ante que sea acabado el tiempo en que avia á durar, tenudo seria de pechar á los otros compañeros todo el daño é el menoscabo que les viniese por esta razon. Fueras si cuando firmaron la compañía, ficieron pleito entre sí, que el que se non pagase della, que la pudiese desamparar, cada que quisiese, ante del tiempo sobredicho, ó despues.*

Formada la sociedad sobre la base de un contrato mútuo, desaparece cuando la renuncia de uno de los sócios rompe aquel acuerdo: *Manet autem societas eousque donec in eodem consensu perseveraverint; at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas* (§ 4.°, Inst.).

Ahora bien; que los contratos sostenidos por el consentimiento se disuelvan por el disenso, no es cosa que debe maravillarnos: la voluntad los forma y ella los deshace. Lo notable es que la sociedad, obra de muchos, acabe por la renuncia de uno solo; pero la ley da la razon, una razon potísima. *Buena es la compañía entre los omes, mientras cada uno de los compañeros han voluntad de fincar en ella.* No se aviene con la naturale-

za y condicion de la sociedad que tiene cierto espíritu y derecho de fraternidad, retener á uno en ella contra su voluntad, porque puede dar márgen á discordias.

Para que la renuncia produzca la disolucion, debe ser notificada á los sócios segun la mente del legislador, que cita la fórmula y hasta las palabras.

Una distincion hace la ley, justa y muy en su lugar, porque semejante facultad, sin reglas que la moderasen, dejaria de ser derecho, causaria injuria. La sociedad puede ser limitada é ilimitada. Es lo primero si tiene término señalado ó ha sido constituida para un solo negocio; y lo segundo si no tiene lo uno ni lo otro. Cualquiera de ellas que sea no puede obligarse á un sócio á permanecer contra su voluntad; pero la renuncia es improcedente, no se admite en la primera sino á condicion de abonar á sus consócios daños y perjuicios. Es el menor castigo para una renuncia intempestiva.

Y aquí precisamente se encuentra el motivo de la escepcion, que por cierto ni aun seria la única si valiese la autoridad de algunos escritores. Ninguno puede llamarse á engaño por lo que otro haga, en virtud de un pacto convenido.

Segun lo prevenido en esta ley cualquiera sócio puede separarse de una compañía sin que los demás tengan derecho á impedírselo, aunque lo haga antes de terminarse la negociacion ó el tiempo prefijado, si bien quedando sujeto á la indemnizacion de perjuicios que su separacion intempestiva pueda causar á los consócios, á no ser que se hubiese pactado lo contrario (S. 8 Mayo, 19 Noviembre 1861).

Renuncia fraudulenta. Ley 12.—[1]*Puesta, ó firmada seyendo la compañía entre algunos omes, so tal pleito, que todas las ganancias que ficiesen, de aquel dia en adelante que la firmaron, fuesen comunales á todos los compañeros, si despues desto alguno dellos, entendiendo que le venia alguna ganancia muy grande de alguna parte; asi como si sopiese que le habia alguno establecido por su heredero, ó que tenia en corazon de establecerle, ó le viniese la ganancia de otra parte cualquier, é por razon della, engañosamente se partiese de sus compañeros, por la aver*

*toda, é facer perder á los otros la parte que deben aver; si esto pudiese ser probado, tenudo es de dar su parte de la ganancia á cada uno de los compañeros, maguer fuese ya quito de la compañía. [2]E decimos que si de aquel dia en adelante que se partió de la compañía, acaesciere que perdiese ó menoscabase alguna cosa, á él solo pertenesce la pérdida ó el menoscabo, é non á los otros; é lo que los otros compañeros ganasen, despues que él se partió de su compañía, todo debe ser suyo dellos, é non le deben dar parte ninguna á él, por razon del engaño que les fizo. Ca derecho es que quien engañosamente quiere facer perder algo á sus compañeros, toda la pérdida á él pertenezca.*

Habiéndo hablado de la renuncia intempestiva, nos toca hacerlo de la fraudulenta ó de mala fé, que tiene lugar cuando el que la verifica se propone apropiarse un beneficio que debia ser comun, como si habiéndose concertado con otros para esplotar algun negocio, renunciase á la sociedad para convertir en su esclusivo provecho todas las utilidades.

El derecho romano inventó contra este fraude una especie de talion, en cuya virtud el sócio renunciante libertaba á los consócios de su obligacion, sin eximirse de la suya..... *Quid ergo si unus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare.....*

A lo cual era consiguiente que los consócios se aprovechasen de sus ganancias y no participasen de sus pérdidas: *si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hæreditas, propter hoc renuntiavit: si quidem damnum attulerit hæreditas, hoc ad eum, qui renunciavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio* (65, § 3.°, Dig., id.).

Esta es tambien la doctrina de nuestra ley en las dos partes que contiene:

El sócio que maliciosamente se separe de la sociedad porque aguarde una herencia ó crea hacer de otra suerte alguna ganancia, probada esta circunstancia, queda obligado á comunicarla con los sócios, aunque esté ya fuera de la sociedad.

La pérdida ó menoscabo que esperimente desde el dia de su separacion, solo á él le pertenece; mas lo que los sócios ad-

quieran, es esclusivamente de ellos, sin que tengan que darle la menor participacion á causa ó en castigo de su engaño.

La ganancia posterior del sócio renunciante es suya: si la ley calla sobre este caso le resuelven el fragmento antes citado del Digesto y el § IV de la Instituta, evidentemente con justicia: *quod si quid post renuntiationem acquisierit, non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo* (65 Dig., id.). *Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet* (Inst.).

Los anteriores ejemplos, aunque al parecer propios de la sociedad universal, son aplicables á las demás, porque en todas cabe el mismo fraude.

Ley 14. *Departir se puede la compañía ante de su tiempo por cuatro razones. La 1.ª, cuando alguno de los compañeros es tan bravo, ó de tan mala parte, ó que oviese en sí maneras semejantes atales que los otros non le pudiesen sufrir, nin vevir con él en buena manera. La 2.ª, si alguno de los compañeros envia el rey ó el comun de ciudad ó villa en su mandadería: ó le dan algun oficio, ó le mandan á facer algun servicio, ó alguna cosa que sea á pro del rey ó del comun del lugar. La 3.ª, cuando no guardan al compañero la condicion, ó el pleito sobre que fué fecha la compañía señaladamente. La 4.ª, cuando aquella cosa por la cual fue fecha la compañía es embargada, de manera que non pueden usar della: como si fuese alguna nave, en que oviesen á andar sobre mar, é fuese rota, ó empeorada, de guisa que non pudiesen usar della: ó si señalasen alguno de los compañeros tierra, villa, ó casa do usase la mercadería, ó del fecho sobre que la ficieron, é le quisieren despues toller de aquel logar, é enviar á otro, ó le cambiasen de aquel estado que oviesen señalado, ó en otra manera semejante.*

Los intereses sociales se hallan por decirlo así colocados bajo la garantía de su duracion. La regla es la subsistencia de la sociedad cuando se celebra por tiempo determinado. La disolucion no procede sino mediando justas causas que la ley describe en los términos siguientes:

1.ª Defectos, vicios de carácter de uno de los sócios, tan pronunciados que no sea posible sufrirle ó vivir con él en compañía.

Esta ley se ha formado con tres del derecho romano, la 14, 15 y 16 de este título del Digesto. Sobre la causa que es ahora objeto de nuestro exámen dice la 14: *quid tamen, si hoc convenit, ne habeatur à societate? Non tenebitur pro socio, qui ideo renuntiavit.., si ita damnosus sit socius, ut non expediat eum pati.*

2.ª Haber obtenido alguno de ellos un empleo ó cargo público que le impida continuar en la sociedad, pues la ausencia le quitaria los medios de atender á las obligaciones de la sociedad, como no fuesen de tal género que no exigieran que estuviese presente: *Idemque erit dicendum, si socius renuntiaverit societati, qui reipublicæ causa diu, et invitus sit abfuturus, quamvis nonnunquam ei objici possit, quia potuit et per alium societatem administrare vel socio committere: sed hoc non alias, nisi valde sit idoneus socius, aut facilis abfuturo etiam per alium societatis administratio* (16).

3.ª Falta de cumplimiento de las condiciones estipuladas: *Non tenebitur pro socio, qui ideo renuntiavit, quia conditio quædam qua societas erat coita, ei non præstatur* (Dicha ley 14).

4.ª Impedimento ó embargo de la cosa sobre la que se constituyó la sociedad, siendo tal que no se pueda usar de ella como si fuese nave y quedase inservible: *Vel quod ea re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit* (Ley 15).

Como los anteriores casos están citados á manera de ejemplo, no son definitivos; antes bien pueden ocurrir otros cuya apreciacion debe reservarse á la prudencia de los Tribunales.

## § IV.

### *Efectos de la disolucion.*

Ley 13.—[1]*Departida seyendo la compañia por alguna de las razones dichas, luego que esto sea fecho, deben partir entre sí todas las ganancias, é las perdidas, en la manera que fué puesto en la compañia, cuando la firmaron. E si alguna perdida avino en la compañia, por engaño que fizo alguno de los compañeros, á aquel solo que fizo el engaño, pertenece la perdida: é non se puede escusar que la non refaga, maguer que diga que fizo*

*otras ganancias á otra parte, que fueron tantas, é tales, de que podria ser mejorada aquella perdida. Fueras si alguno ó algunos de los otros oviesen fecho otro atal engaño. Ca decimos que se debe compartir entre aquellos que ficieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte á los otros.*

Toda disolucion, sea cual fuere la causa que la produzca, da por resultado la estincion de la persona civil: los sócios son una especie de comunistas, el fondo una masa que dividir. El derecho romano, tan escrupuloso en la denominacion de acciones, hizo una distincion justa entre la liquidacion y la division del haber social. La liquidacion de las cuentas respectivas de los sócios, producia dificultades que debian ser resueltas por la accion *pro socio*: toda prestacion de un sócio, respecto á la sociedad ó vice-versa, se obtenia mediante dicha accion. Una vez que la liquidacion hubiese dado á conocer el capital partible, tenia lugar la accion *communi dividendo* para conseguir la division y adjudicacion de lotes.

La legislacion mercantil, que ha desarrollado las sociedades como medio de activar el comercio, es modelo en la materia. Menos completa la ley civil, se limita á establecer reglas primordiales que se recomiendan por su sencillez.

La 13 trascrita contiene dos artículos: el primero manda que, disuelta la compañía, se proceda á distribuir entre los sócios pérdidas y ganancias sobre las bases establecidas cuando la formaron: el segundo que si un sócio causa perjuicios á la compañía, esta se reembolse á espensas del mismo sin que pueda compensarle con otras ganancias. Todos los sócios que hayan inferido agravio á la empresa tienen igual obligacion en beneficio de sus compañeros que hayan cumplido con su deber.

Ley 15.—[1]*Muchos seyendo los compañeros, asi que sean tres, ó mas, si uno dellos tuviese en guarda los bienes de la compañia, si este que los tiene, diese parte al uno, ó á los dos, sin sabiduría, é sin mandado de los otros, ó de alguno dellos; si acnesciese que aquel que los toviese en guarda, viniese despues á pobreza, de guisa que non le fincase de que pudiese dar su parte á los otros, ó al uno, sin cuya sabiduría lo dió; estonce debe*

*ser tornado á la compañía aquello que desta guisa tomaron, é debe ser partido otra vez entre todos los compañeros.*

Una razon de justicia exige que los sócios saquen porciones iguales en la sociedad, por lo que si el depositario ó encargado de distribuirlas diese su parte á unos, y á otros nada, y luego se declarase en insolvencia, los favorecidos deben devolverla al acervo comun para proceder á nuevo reparto con sus compañeros. Copia la ley esta máxima de la 63 del Digesto, § 5.°, *si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius, et partem suam integram sit consecutus: deinde alius socius cum eodem agat, et partem consequi integram non potuerit, quia facere solidum non potest, an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est, exæquandas: quasi iniquum sit, ex eadem societate, alium plus, alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exæquetur: quæ sentencia habet æquitatem.*

[2]*Pero si aquel, ó aquellos, que non oviesen su parte de los bienes supieron como aquel que los tenia en guarda, é en poder, avia dado parte á los otros, é duraren tanto tiempo en pereza, que non quieran demandar su parte; si el otro que los tenia viniese á pobreza, non podrian demandar á los otros que tornasen aquello que avian rescibido; porque fueran en culpa, en non demandar su parte en aquel tiempo que la pudieran cobrar.*

Si el sócio ó sócios perjudicados, sabiendo que los otros habian cobrado su parte callaron y lo consintieron, no tienen derecho á pedir, porque culpa fué suya no reclamar en tiempo oportuno. En qué término han de hacer esta reclamacion, es lo que la ley no espresa, por lo que los autores suponen ó que han de servir de regla los dos ó cuatro años de que habla la ley final del Código al principio de *bon. auct.*, ó debe pasarse por el que el juez fije, apreciada la mayor ó menor negligencia de los sócios.

[3]*Otrosi si el un compañero conosciese al otro debda que le deba por razon de la compañía, ó fuere vencido por ella en juicio; tal privillejo, é tal franqueza ha la compañía que si la debda fuera tan grande, que pagándola toda, fincaria por ende tan*

*pobre que non haya de que vevir, non debe ser dado juicio contra él, que la pague toda; ante el juzgador del lugar, segun su alvedrío, debe mandar que pague tanta parte, que finque á él, de que pueda vevir; é el compañero á quien la debia, non le puede apremiar quel pague mas. Pero el juzgador debe tomar tal recabdo del, que si de alli adelante ganare de que pueda pagar aquello que finca, que sea tenudo de lo facer. Esto se entiende, si el que debe la debda, non ha menester porque pueda guarir: ca si lo oviese, tenudo seria de la pagar toda, aviendo de que; é él se debe trabajar de su menester de que viva.*

Como este contrato produce una relacion de confraternidad, el derecho romano favoreció á los sócios con el beneficio de competencia. Si un consócio se reconoce deudor á otro por razon de la compañía, y fuese vencido en juicio, cuando la deuda sea tan grande que pagándola íntegra haya de quedar reducido á la indigencia, no debe ser condenado á pagarla toda sino en la parte que el juez estimase, de modo que le quede algo de qué vivir, y el consócio no puede pedirle mas: *Verum est, quod Sabino videtur, etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quo minus possint, condemnari oportere: hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (Ley 63); cuya escepcion, como se ve, procede aunque no se trate de una sociedad universal, sino singular ó para solo un negocio.

Bajo la palabra *vevir* observa el comentador que se atiende á los frutos que pueden sacarse de los bienes, no á la propiedad, ó sea su valor en venta; pero podria venderse una parte si fuesen tantos que vendidos le quedase al sócio de qué vivir, aun despues de satisfechas las deudas.

El beneficio se entiende con la obligacion de pagar lo que deba si viniere á mejor fortuna: *Et de hoc sufficiet nuda promissio* (Glosa 7.ª).

La ley añade, aunque innecesario era declararlo, que el sócio estaria obligado á pagar la deuda completa si le quedasen otros medios de subsistencia. Gregorio Lopez dice: *si enim habeat artem, de qua possit vivere, non habet locum istud beneficium* (Glosa 8.ª).

SUPLEMENTOS. Ley 16.—[1] *Despensa faciendo alguno de los compañeros, por pro de la compañía; ó si andando en servicio de ella adolesciese, é oviese de facer despensas para guarecer; así como en dar algo á algun físico, ó comprar melecinas; atales despensas, ó otras semejantes, bien las puede sacar de la compañía aquel que las fizo.* [2]*Otrosi si ficiese manlieva por pro de la compañía, atal que la prometiese de pagar luego, que puede otrosi sacar del comun de la compañía, de que la pague, ante que los bienes de la compañía se departan.* [3]*Mas si la debda fuese fecha so condicion, ó oviese plazo de mayor tiempo á que lo oviese de pagar; decimos que las cosas que son de comun, que las debe aducir ante ellos, é partirlas con ellos. Pero debe tomar recabdo de cada uno dellos que pague su parte de aquella debda al plazo que él puso de la pagar.*

El sócio no solo tiene derecho á percibir la parte correspondiente de utilidades, le tiene tambien para indemnizarse de los gastos que haya sufragado en favor de la compañía. La ley que dejamos trascrita desenvuelve esta doctrina.

La primera parte está basada sobre la ley 52, Dig.: *Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad reciperandum sumptum, Cassius scripsit* (§ 12).

El 4.°: *Quidam sagariam* emplea su mismo ejemplo... *sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat.*

La indemnizacion no está limitada ni á los desembolsos hechos ni á las obligaciones contraidas; comprende además los riesgos y azares inseparables de la gestion: parece justo que la sociedad que percibe las ganancias sufra los riesgos: *Ubi lucrum, ibi et periculum.* En el caso anterior, el jurisconsulto decide que si un sócio en un viaje hecho para asuntos de la sociedad, es atacado por ladrones que le roban y hieren á sus criados, debe ser indemnizado de lo robado y de los gastos de curacion.

La segunda declara, que si un sócio contrae una deuda en nombre de la sociedad puramente, ó sin condicion, puede retirar su importe del acervo comun, antes de proceder á la particion.

Aunque la regla es general para todo gasto, la aplica el comentador á los causados en viajes tomando ejemplo del § 15, de la ley 52 antes citada: *Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos duntaxat sumptus societati imputabit, qui in eam pensi sunt. Viatica igitur, et meritoriorum, et stabulorum, jumentorum, carrulorum vecturas, vel sui, vel sarcinarum suarum gratia, vel mercium, recte imputabit.*

Si la deuda fuese bajo condicion, ó se hubiese estipulado mayor tiempo para pagarla, debe traer y partir entre los sócios los bienes comunes, tomando recaudo ó garantía de cada uno de ellos, de que pagará su parte llegado el plazo: cuya regla, última de la ley, está conforme con lo dispuesto en la 27: *Omne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est; licet, posteaquam distracta est, solutum sit: igitur et si sub conditione promiserat, et distracta societate, conditio extitit, ex communi solvendum est; ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendæ sunt.*

## SECCION IV.

### DEL MANDATO.

La imposibilidad de atender personalmente á nuestros negocios, ocasionada por la ausencia, las enfermedades y otras causas, y aun la especial aptitud de algunos para desempeñarlos, esplican el orígen y la filosofía de este contrato.

Apoyado en los buenos oficios de amistad, pasó del santuario de la fé religiosa al derecho civil, y fué clasificado entre los contratos del derecho de gentes que producen obligacion *ex æquo et bono* por solo el consentimiento.

Fuentes legislativas son el tít. I, lib. XVII, Dig., que consta de 62 fragmentos, el XXXV, lib. IV del Código con 24 leyes, y el tít. XXVI, lib. III de la Instituta.

Respecto al derecho pátrio, seis leyes del tít. III, lib. II del Fuero Juzgo, y el tít. X, lib. I del Fuero Real, legislan sobre el personero. Los Fueros municipales aparecen mudos. Esta debió ser una de las muchas instituciones que se rigieron por

la fuerza de la costumbre, instituciones indispensables á los pueblos en cualquier grado de civilizacion y de cuya práctica en aquel largo período no es lícito dudar, pues aunque informes, documentos antiguos acreditan su existencia.

Ni aun el Código de Partidas tan esclavo de sus precedentes le consagra título espreso, pues habla de él como por incidencia en el título de las fiaduras diciendo que es una manera de obligacion semejante de ellas.

## § I.

### *Nociones preliminares.*

Cuando dos personas estipulan que una de ellas tratará gratuitamente en nombre propio y por cuenta ajena uno ó todos sus negocios, se verifica el contrato llamado por los romanos *mandatum:* el que toma sobre sí este cuidado recibe el nombre de mandatario y tambien procurador *(curare pro);* el que le encomienda *mandans*, y alguna vez *mandator*, en español mandante.

Como siempre que se trata de definir en las ciencias, hay tantas definiciones del mandato como autores. Cujas dice: *mandatum est conventio, qua is qui quid rogatur procuratoris animo, id se recipit gratuito daturum facturumve.*

En los modernos códigos se define: un contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete.

Ajustándonos algo mas á las prescripciones de escuela podriamos definirle: un contrato consensual intermedio, en cuya virtud una persona llamada mandatario ó procurador se obliga á desempeñar gratuitamente un negocio lícito que otro llamado mandante, confia á su cuidado con la obligacion de darle cuenta.

Tuvo este contrato su orígen en la amistad y se relaciona con esa grande division de las acciones humanas, de las cuales unas reconocen por causa el interés y otras la simpatía. El nombre que lleva da á conocer su naturaleza: viene de *manu da-*

*tio*: asidos de la mano ambos contrayentes prometia el uno cuidar de los intereses del otro y cumplir su encargo. En la comedia de los cautivos, despues que Tindaro espone á Filocrates el mensaje de que estaba encargado, le dice, estrechándole la mano:

*Hæc per dexteram tuam, tu dextera retinens manu*
*obsecro infidelior mihi ne fias, quam ego sum tibi*

Filocrates responde. . . . . . . . . *Mandavisti satis*
*satis habes mandata quæ sunt; facta si refero.*

El mandato es un contrato signalamático intermedio, pues la principal obligacion que de él nace es la del mandatario, el cual se obliga á cumplir su encargo, y dar cuenta de sus actos, por lo que los romanos llamaron esta obligacion: *obligatio mandati directa*. La del mandante, que consiste en indemnizar al mandatario, es indirecta, *obligatio mandatio contraria*, y procede menos que del hecho particular y específico del mandato, del principio general que prohibe que uno se enriquezca en perjuicio de otro.

Este contrato es por naturaleza gratuito, *mandatum, nisi gratuitum nullum est: nam origenem ex officio, atque amicitia trahit.* El derecho romano admitió el honorario *ex post facto* en testimonio de reconocimiento como lo da á entender Ulpiano por las siguientes palabras: *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.* Los intérpretes han opinado que el honorario no debia prometerse; pues pactada cualquier retribucion, el mandato se convertia en arrendamiento, recayendo sobre un objeto arrendable. Sin embargo, modernos jurisconsultos sostienen que aunque el mandato sea por su naturaleza gratuito, este requisito no es esencial. El código francés le considera gratuito si no hay convencion en contrario; y entre nosotros el Tribunal Supremo ha establecido la misma jurisprudencia.

La gestion del mandato es gratuita, cuando no se pacta lo contrario ó no se entiende por los términos en que se hizo que el mandante se obligase á retribuirlo; fuera de estos dos casos el mandatario no puede reclamar otra cosa que los gastos ocasionados por el desempeño del mandato (S. 15 Diciembre 1860).

El contrato de mandato es gratuito por su naturaleza, sin que pueda exigirse salario ni honorario por los trabajos que ocasione, á no ser que se haya pactado espresamente (S. 23 Octubre 1860, 21 Febrero 1863).

Ley 24.—[1]*Los mandamientos que los omes facen unos á otros de que hablamos en las leyes ante desta, pueden ser fechos en muchas maneras. Ca puedense facer, estando delante los que mandan facer la cosa é los que reciben el mandado. E aun se pueden facer por cartas, ó por mensajeros ciertos: maguer non estén delante los que mandan facer la cosa, nin los que reciben el mandamiento.* [2]*E puedense facer á dia cierto, ó so condicion. E á dia cierto se podrian facer, como si mandase un ome á otro por palabra ó por carta, ó por mensajero, que diese á comer, é á vestir algun ome, fasta dia señalado. E so condicion como sil mandase: si tal cosa acaesciere, da á fulan tantos maravedis, ó tal cosa.* [3]*E estos mandamientos se pueden facer por tales palabras, diciendo un ome á otro: Ruego, ó mando, ó quiero, que dés tantos maravedis; ó que fagades tal cosa; ó que me fiedes. Por cualquier destas palabras ó otras semejantes, porque se puede entender que el que face el mandamiento, lo face con entencion de se obligar, vale el mandamiento, é finca por ello obligado el mandador á aquel que recibe el mandado.* [4]*E si alguno, despues que oviese fecho el mandamiento por estas palabras, quisiere decir, que lo non ficiera con entencion de obligarse, non debe ser oido. Fueras si pudiere probar, por aquellos ante quien fue fecho, que así es, como él dice, que lo non fizo con entencion de obligarse, mas de otra manera; lo que seria grave de probar.*

El mandato recibe su fuerza del consentimiento: *Obligatio mandati, consensu contrahentium consistit* (Ley 1.ª, Dig., *Mand.*), y admite las mismas modificaciones que los demás contratos: respecto al lugar, puede celebrarse entre presentes, ó por cartas é intermedios entre ausentes. Como contrato de derecho natural, no está sujeto á solemnidades sacramentales: *Neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est: contrahitur veluti per epistolam vel per nuntium* (Inst. de *const. obligat.*). Por el tiempo, puede ser á dia cier-

to ó bajo condicion: *Item mandatum et in diem differri et sub conditione contrahi potest* (Ley 1.ª, Dig.).

En cuanto á la forma, los romanos se valian de las palabras *rogo*, *volo*, *mando*, pero la forma es indiferente; á veces toma el carácter de una órden: cómprame tal cosa; otras la de una súplica: te ruego que hagas tal cosa; y aun puede manifestarse por via de deseo: te agradeceria mucho que hicieras tal cosa.

Lo importante es la aceptacion del mandatario, aceptacion que puede verificar por palabra y en opinion de los autores, por gestos y ademanes, lenguaje tan espresivo como la palabra misma: *Annuens capiti vel humeris,* dice Baldo, *censetur mandare.*

Celebrado el mandato, si uno de los contrayentes pretendiera eludir su cumplimiento, alegando que no tuvo intencion de obligarse, no debe ser oido, sino en el único caso de poderlo acreditar, circunstancia que ni al legislador le parece fácil: *statur enim verborum significationi* (Glosa 5.ª).

El mandato ha de tener por objeto una cosa lícita, sin lo cual no produce acciones: *Rei turpis nullum mandatum est: et ideo hac actione non agetur* (Ley 6.ª, § 3.°, Dig., *Mand.*). *Si le mandase facer furto, ó omicidio..... maguer pagase por ende alguna cosa el que recibe el mandado, non seria tenudo de facer enmienda aquel que gelo mandó facer.....* (Ley 25).

Produce, como tal contrato, deberes perfectos; de modo que lo que al principio fué un encargo de amistad, se convierte despues de aceptado en un deber de necesidad: *ab initio voluntatis: ex post facto necessitudinis.* De aquí dos consecuencias: primera, no debe confundirse esta obligacion con los servicios benévolos que una persona consiente en prestar á otra por amistad, sin imponerse compromiso alguno. Segunda, para que el acto revista carácter de mandato, se necesita que el que toma á su cuidado negocios ajenos, tenga entendido que obra *procuratoris nomine*; pues como veremos en su lugar, entre el consejo y el mandato hay enorme diferencia.

El mandato puede ser espreso ó tácito: espreso es el que se hace verbalmente ó por medio de un instrumento público ó

privado, usando de palabras que manifiesten claramente la intencion de obligarse.

Tácito es el que no se ha declarado con palabras ni por escrito, sino que se deduce del silencio, paciencia ó ratificacion del mandante: como si estando presente la persona que fuere deudora de otra, saliera uno fiador por ella y no lo contradijese, que es el ejemplo que cita la ley 12 de este título, y á su tenor varios textos: *si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel alias intervenire, mandati teneor: et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio* (Ley 6.ª, § 2.°, Dig., id.).

Concuerdan la 53 de dicho título y la 6.ª, tít. XXXV, libro IV del Código. Sobre todo es regla general: *Qui præsens patitur suo nomine aliquid fieri, nec id prohibet mandare videtur.*

Mandato general y especial: el primero comprende todos los negocios del mandante: el segundo se refiere á uno ó varios negocios determinados.

Sin embargo, no se ha de entender que el mandato general abarca cuantos negocios podria tratar el mandante, porque entonces uno que separase, produciria un poder especial: aun cuando no comprenda mas que uno será general, si respecto de él deja al mandatario cuanta latitud pueden exigir los casos previstos é imprevistos.

Esto ha hecho que los intérpretes distingan dos clases de poderes generales: una que comprende todos los negocios del mandante: *cui omnes indefinite commissæ:* otra que solo comprende cierto género de negocios: *certum genus causarum*; y otras dos clases de poderes especiales: una que se refiere á uno ó dos negocios con sus incidencias: *datus ad unam litem, sed totam:* y otra para un acto aislado de cierto negocio, no para los demás: *ad unius causæ actum unum vel plures, sed non omnes.*

En el poder general distinguen otras dos especies; el poder general *simpliciter*, y el que llaman general *cum libera*. Los doctores se valen para esta division de la ley 58, Dig. de *procur.* que presenta á un individuo á quien se habia conferido poder general con *libre administracion*, investido con la facultad de cam-

biar. Sabido es que Vinio rechaza esta division: la regla es que el poder concebido en términos generales no habilita sino para actos de administracion: un mandatario aunque el poder contenga cláusula de libre administracion, no puede ejecutar actos de disposicion sin poder especial.

El mandato es judicial y estrajudicial: lo primero, si se encomiendan á otro asuntos sociales; y lo segundo, cuando comprenda asuntos que no hayan de ventilarse en los tribunales.

Admite por último el mandato una ámplia clasificacion consignada en las leyes, y que nosotros vamos á seguir para determinar sus efectos jurídicos. Este contrato se puede celebrar: 1.° En beneficio ó utilidad del mandante que es lo mas comun ó frecuente, como si uno encarga á otro que administre los bienes que tiene en tal punto. 2.° En utilidad del mandante y mandatario, como si uno encarga á otro que compre una casa para los dos. 3.° En beneficio de un tercero, como si uno encarga á otro que salga fiador de tal persona, ó que administre sus bienes, en cuyo caso, aunque no resulte utilidad al mandante, si por culpa del mandatario resultara algun perjuicio al tercero, podrá ser reconvenido el mandante por la accion del mandato. 4.° En utilidad del mandante y de un tercero, como en el caso de encargar á uno que administre los bienes que tienen en tal punto el mandante y el tercero. 5.° En utilidad solo del mandatario, como si uno dijere á otro que empleara su dinero mas bien en comprar fincas que en darlo á préstamo.

*Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena* (§ inic., tít. XXVII, lib. III, Inst.).

## § II.

## *Efectos jurídicos del mandato.*

### Artículo 1.°

### *Del mandato celebrado en utilidad del mandante.*

**Ley 20, tít. XII, Part. V.**—[1]*Facen algunos omes por mando de otros algunas cosas porque finca cada uno dellos obligado, tambien aquel que lo face, como el otro que lo manda; que es otra manera de obligacion semejante de la fiadura.* [2]*Esto puede ser en cinco maneras. La 1.ª, cuando el mandamiento es á pro tan solamente de aquel que manda facer la cosa: como si un ome mandase á otro que le recabdase todas las cosas que oviese en algun lugar: ó le mandase comprar, ó facer alguna cosa señaladamente; ó que entrase fiador por él: ó le mandare facer otra cosa semejante. Ca, si aquel á quien manda facer la cosa, recibe el mandamiento, es tenudo de cumplirlo. E si alguna cosa pechare, ó pagare, ó despendiere en cumplir el mandamiento, tenudo es otrosi de gelo pechar, aquel por cuyo mandado lo fizo.* [3]*Otrosi decimos que si aquel que recibe el mandamiento face algun engaño, en non cumplirlo, ó por su culpa viene daño al otro; es tenudo de pecharle todo el daño que le viniere por razon del; ca tal mandamiento como este reciben los omes, unos de otros, por facerles amor, é non por facerles daño.*

La ley trascrita resume, digámoslo así, los efectos jurídicos del mandato. En el comentario que vamos á hacer, analizaremos cuatro puntos tanto mas dignos de estudio, cuanto que no tienen un desarrollo proporcionado á su importancia, son á saber: materia del mandato: derechos y deberes del mandatario: derechos y deberes del mandante: responsabilidad consiguiente á este contrato.

1.° El mandato se contrae en utilidad del mandante, si tiene por objeto que otro cuide de sus cosas ó le preste algun servicio: *mandantis tantum gratia intervenit mandatum; veluti, si quis tibi*

*mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes* (Inst., § 1.°, de *Mand.*).

Hé aquí indicada la materia del contrato: puede serlo un hecho, una cosa, y en general todo cuanto sirva de utilidad y que no ofenda, segun se ha dicho, á la moral ni á las buenas costumbres.

No es acto sério ni formal el mandato que se contraiga en perjuicio del mandante. Para que el mandato merezca este nombre, ha de procurar al mandante una satisfaccion moral, ó un lucro positivo, ya procurándole una ganancia, ya evitándole una pérdida: *in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero numquam* (Ley 3.ª, Dig., *Mand.*)

Debe tener además un fin cierto ó conocido: si uno encargase ó otro que le comprara una cosa en la feria sin decir cuál, seria como si nada le encargase, pues tendria que adivinar la intencion del mandante. No sucederia así cuando por otros antecedentes fuera fácil presumirlo. Si un comerciante, v. gr., tuviese costumbre de ir todos los años á una feria á comprar cierta cantidad de mercaderías, y no pudiendo ir un año, encomendase á otro amigo que le hiciera sus compras, el contrato seria válido, pues se entenderia hecho el encargo de aquellas cosas que el mandatario sabia que el mandante solia comprar.

Otro ejemplo: si un amigo encarga á otro que le compre un juguete para un niño, aunque no le designe, el mandato es válido, pues tiene por objeto cualquiera cosa de las que sirven para juegos de los niños.

El mandato no es incierto porque se omita el precio, y es que se presume la intencion de dejarlo al arbitrio del mandatario, el cual sin embargo no debe pagar mas de lo justo: *Illud constat non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim judicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem* (Vinio).

La principal obligacion, nacida del mandato, es la del mandatario; pero *ex post facto* puede surgir otra para el mandante, por cuyo motivo dice la ley que es parecido á la fianza.

2.° El mandato fué uno de los cuatro contratos famosos de los romanos, y todavía en nuestra época, aunque algo mas indulgente, no se perdona al hombre infiel á esta prueba de confianza. Ya lo hemos dicho: libre es el mandatario de aceptar el cargo, mas no le queda otro remedio que cumplirlo si lo admite: *sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet* (Ley 22, § 11, id.).

Los deberes del mandatario comprenden dos períodos; durante el mandato consisten en llenar lealmente su cometido; una vez acabado consisten en dar cuentas; con esta distincion vamos á examinarlos.

La ley 11 de este título del Código declara al mandatario responsable, no solo de los negocios hechos; sino tambien de los que debió practicar: *non tantum pro his, quæ gessit, sed etiam pro his quæ gerenda suscepit:* cuya obligacion se funda así en el precepto comun á todos los contratos que prohibe faltar á lo prometido: *grave est fidem fallere:* como en la regla tambien de derecho que dice: *adjuvari quippe nos, non decepi, beneficio oportet* (Ley 17, § 3.°, Dig., de *Comm. vel contr.*). El mandatario desempeña un acto de beneficencia para con el mandante: la equidad natural no permite que faltando á su palabra convierta en daño de este lo que debia hacer en su provecho.

¿Qué regla suministra el derecho para conocer el límite de esos deberes fuera del cual no hay responsabilidad para el mandante?

El mandatario, dice Paulo, ha de conducirse de manera que llene todos los fines del mandato: *diligenter fines mandati custodienti sunt* (Ley 5.ª, Dig. de *Mand.*). Los fines son mas ó menos estensos á voluntad del mandante; por lo que la respuesta á esta pregunta hay que buscarla en los términos del poder: si el mandato fuere facultativo, con cuyo nombre se designa al poder, que no prescribe al mandatario reglas precisas y determinadas para la gestion, sus facultades tienen por único límite su prudencia y su buena fé: investido de una libertad que descansa sobre la confianza, debe procurar el beneficio del mandante con la diligencia de un buen padre de familia. Si es imperativo, como que

el poder debe contener en este caso no solo la esencia, sino los accidentes de la ejecucion, lo que se llama las cualidades intrínsecas y estrínsecas, debe cumplir unas y otras porque constituyen los fines necesarios del mandato, *forma in mandatis servanda est, ut quoties certum mandatum sit, recedi à forma non debeat* (Ley 46, Dig., *Mand.*). Quiere esto decir que el mandatario debe ajustarse á la forma de su poder sin escederse ni en mas ni en menos, ni contravenir sus disposiciones. Tal es la regla.

Ahora bien: el mandatario obra dentro del círculo de sus facultades cuando ha hecho precisamente el encargo que recibió, con las condiciones prescritas ó mas favorables al mandante.

Hé aquí algunos ejemplos: si el mandante no señaló cualidades especiales al mandato, las facultades del mandatario son, como se ha dicho, discrecionales, y el acto debe reputarse fielmente desempeñado, como visiblemente no aparezca abuso, de lo cual presenta un caso la ley 3.ª, § 1.º: *Si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam statui, tuque emisti, utrinque actio nascitur.*

Menos puede presumirse que se haya escedido, cuando no solo ha ejecutado el negocio con las mismas condiciones, sino con otras mas favorables: *si cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem ut aliud quidquam servo accederet: utroque enim casu, aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti* (Ley 5.ª, § 5.º, Dig., *Mand.*).

Cuando el mandatario ha verificado el negocio en condiciones mas duras, siendo evidente que se ha escedido de sus facultades, el mandante puede aprobar ó no lo hecho y en último caso, ni responde al mandatario ni al tercero con quien él contrató: tal sucederia si habiéndole fijado precio cierto pagase otro mayor.

¿Tendria el mandatario en este caso accion para obligar al mandante á que admitiese la cosa en su precio? los jurisconsultos romanos estuvieron discordes en esta cuestion, pero prevaleció la afirmativa: *si ego pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt, te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses, id, quod excedit remittere: namque iniquum est, non ese mihi cum illo actionem, si nolit; illi*

*vero, si velit, meum esse: sed Proculus recte eum, usque ad pretium statutum acturum existimat: quæ sententia sane benignior est* (Ley 3.ª, § fin. y ley 4.ª).

El siguiente ejemplo es de Paulo: *si mandavero tibi, ut pro me in diem fidejubeas, tuque pure fidejussoris, et solveris, utilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem: sed cum dies venerit* (Ley 22, Dig.).

Si solo cumpliese parte del mandato, es decir, que el mandatario pecó por defecto, el acto no seria nulo, sino que en la parte cumplida obligaria al mandante: *Rogatus, ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, recte tenetur ei mandator contraria actione mandati usque ad eam summam* (Ley 33).

Hablamos por regla general, pues cesaria esta obligacion cuando el propósito del mandante hubiera sido no consentir el negocio á medias, lo cual se ha de inferir por los términos del contrato. Así lo decide Javoleno: *si fundum, qui per partes vænit, emendum tibi mandassem, sed ita, ut non aliter mandato tenear, quam si totum fundum emeres;..... et eveniet, ut is, cui tale mandatum datum est, periculo suo interim partes emat, et nisi totum emerit, ingratus eas retineat. Quod si mandassem tibi, ut fundum (hunc qui per partes vænit) mihi emeres, non addito eo, ut non aliter mandato tenear, quam si totum emeres, et tu partem, vel quasdam partes ejus emeris, tum habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis reliquas partes emere non potuisses* (Ley 36, § 2.° y 3.°, Dig.).

El mandatario que haya cumplido lo mandado y alguna cosa mas, obliga al mandante hasta la concurrencia de lo que figuró en el mandado, pues solo en el esceso se entiende haber traspasado sus facultades: *Julianus putat eum, qui majorem summam, quam rogatus erat, fidejussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset: quia id fecisset, quod mandatum ei est: nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur qui rogavit* (Ley 33).

Cuando en vez de hacer una cosa, hace otra distinta, siendo evidente el abuso, el mandante puede aprobar ó no el acto aun cuando le sea mas ventajoso: *si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris, non videris implesse mandatum* (Ley 5.ª, § 2.°).

Si el negocio fuese susceptible de varios procedimientos debe dejarse al mandatario la eleccion y no hay abuso en que adopte uno con preferencia á otro: *Commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quoties certum mandatum sit, recedi à forma non debeat; at quoties, incertum vel plurium causarum, tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quam quæ ipso mandato inierant, si tamen hoc mandatori expedierit, erit mandati actio* (Ley 46).

Cuando no ha ejecutado el mandato por sí propio sino valiéndose de sustituto, toda la cuestion está reducida á saber si la sustitucion era ó no posible, sin que haya para resolverla otro criterio que la índole del negocio y los términos de la comision. Si las facultades concedidas en el mandato son personalísimas, claro es que el mandatario no puede trasmitirlas á otras personas con quienes celebre sociedad ó compañía (S. 30 Marzo 1868).

Y una regla parecida puede aplicarse al caso de una comision conferida á varios y que parece ejecutada por unos sin contar con otros. No hay medio de resolver estas cuestiones como no sea por las circunstancias, la naturaleza y la importancia de los negocios.

En ninguno de los casos anteriores se presume abuso de facultades si se han verificado á ciencia y paciencia del mandante. Su silencio se interpreta como una estension ó reforma tácita del primitivo poder. El mandatario que se esceda de los límites señalados en el contrato, solo obliga al mandante en la parte que este quiera ratificar (S. 26 Junio 1867). Sin embargo, si el mandatario desempeña su cometido á presencia del mandante y con su aprobacion, ratificando este ámplia é incondicionalmente cuanto ejecute, no puede sostenerse que ha habido la extralimitacion de facultades á que se refieren las leyes 19, tít. V, Part. III; y 7.ª, tít. XIV, Part. V (S. 14 Junio 1867).

Las órdenes ó instrucciones privadas entre mandante y mandatario, solo son obligatorias para estos, sin que los efectos de ellas puedan ser trascendentales á un tercero ni causarle perjuicio (S. 18 Noviembre 1864).

Todo el que administra cosas ajenas está obligado á dar cuentas: se interesan en esta operacion la utilidad del mandante y el honor del mandatario; por eso la recomienda la buena fé: *ex bona fide rationem reddere debet* (Ley 46, § 4.°, Dig. *de Proc.*), y la exigen de consuno la moral y la ley escrita.

Las leyes 20, 21 y 25 del título XII, Partida V, no eximen al mandatario de la obligacion de rendir cuentas (S. 27 Junio 1866).

En la cuenta ha de figurar todo beneficio que el mandatario haya obtenido á favor del mandante sin que, como dice Paulo, pueda retener nada en sus manos: *ex mandato, apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* (Ley 20, Dig. *Mand.*). Y Ulpiano añade: *Debere eum præstare, quantumcumque emolumentum sensit* (Ley 10, § 3.°, Id.).

El mandatario desempeña un oficio de buena fé, y solo tiene derecho á los honorarios convenidos en caso de haberlos. Si la operacion ha producido mayores beneficios de los que se esperaban ó su industria ha hecho la cosa mas productiva de lo que se creia, debe tener presente que trabajaba por otro.

La forma es la ordinaria para tales casos; aunque como asunto de confianza y entre amigos, no seria impropio eximir al mandatario de la obligacion de presentar recados de justificacion. La jurisprudencia ofrece ejemplos repetidos de este pacto y del respeto con que los Tribunales han mirado la voluntad de las partes.

No solo esto; á una confianza puede corresponderse con otra: podria eximirse al mandatario de la obligacion de rendir cuentas, y el pacto seria válido y se sostendria. Sabemos que algunos lo ponen en duda; pero ¿cómo negar esta facultad del mandante tratándose de un acto celebrado en su esclusivo beneficio y cuyo firmísimo apoyo consiste en la amistad?

3.° Si el mandatario pagare ó gastare algo en cumplir su encargo debe el mandante abonarle estos gastos (S. 15 Diciembre 1860).

Aunque, segun dejamos dicho, la obligacion principal del mandato es la del mandatario, actos posteriores unidos al des-

empeño de su encargo, pueden producir tambien obligacion para el mandante. La de que ahora nos ocupamos consiste en reembolsar al mandatario sus gastos y anticipos: obligacion tan equitativa como justa, pues si el negocio cede en su provecho, de rigor es que soporte sus cargas: *si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando... simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero. Nec tantum id, quod impendi, verum usuras quoque consequar* (Ley 12, § 9.°, Dig., id.).

La anterior obligacion depende de ciertas condiciones señaladas en el derecho romano y admitidas por jurisprudencia.

Primera condicion: Los gastos han de haber sido hechos por necesidad y de buena fé. Papiniano dice *sumptus bona fide necessario factos.*

Tales serian los que se hubieran causado para procurar la ejecucion del mandato ó para conservar la cosa ó para precaver su deterioro.

Al mandatario ha de entregársele todo lo que haya desembolsado en ejecucion del mandato, aun cuando le competa accion contra el tercero; pues su deber se reduce á subrogar al mandante en su accion.

Por ejemplo: si de órden ajena uno paga cierta suma de dinero á Pedro, no solo tiene la repeticion de Pedro, *condictione ex mutuo*, sino tambien contra el mandante: *actione mandati contraria*. Así lo decide Gordiano: *Tam condictio adversus eum, qui à te mutuam sumpsit pecuniam, quam adversus eum cujus mandatum secutus est, mandati actio tibi competit* (Ley 7.ª, Cód., *Mand.*).

Si para cumplir su encargo ha enajenado una cosa de su propiedad, debe ser reembolsado del precio, estimado segun lo que valia, cuando la empleó por el mandante. Es lo que Africano resuelve en el siguiente caso: *Hominem certum pro te dare fidejussi, et solvi: cum mandati agatur, æstimatio ejus ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet; et ideo, etiam si mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est* (Ley 37, Dig., *Mand.*).

Debe ser reembolsado de lo que empleó en el negocio, ya lo pagase el mismo, ora lo hiciese un tercero por favor al man-

datario y aun sin intencion de pedirlo, porque basta que el pago se haya hecho en nombre del mandatario para suponer que este lo hizo: *Marcellus fatetur, si quis donaturus fidejussori, pro eo solverit creditori, habere fidejussorem actionem mandati, quasi fidejussor ipse solvisset* (Ley 12, § 1.°, Dig., *id.*).

Segunda condicion: Que el desembolso haya tenido lugar por causa del mandato.

A este fin se ha de computar no solo la suma señalada, sino todo cuanto exigió el desempeño del negocio, sobre lo cual hay testo espreso en el derecho romano: *si fidejussor multiplicaverit summam, in quam fidejussit, sumptibus ex justa ratione factis, totam eam præstabit is, pro quo fidejussit* (Ley 45, § 6.°, *Mand.*).

Las pérdidas sufridas por el mandatario, á las que ha servido de ocasion próxima el mandato, merecen ser indemnizadas.

Africano refiere el ejemplo de un mandatario robado por un esclavo comprado por encargo de otro, sin que este le advirtiese que era ladron: *Etiam si ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur: justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset..... æquius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam commodi sui causa susceperat, damnosum esse* (Ley 61, § 5.,° de *Furtis* Dig.).

Lo cual debe entenderse siempre que no haya habido falta alguna por parte del mandatario: *Hæc ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum susceperit, intercedat; cœterum si ipse ultro ei custodiam, argenti forte vel nummorum, commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset: aliter existimandum est* (Dicha ley, § 7.°).

Se ha cuestionado si, cuando el negocio por absorber todo el tiempo del mandatario no le deja tiempo para pensar en sus cosas, se le debe indemnizacion. Pero semejante duda es viciosa: antes de aceptar el encargo, pudo informarse de si le quedaba ó no tiempo para desempeñarlo.

Tercera condicion: que no haya causado gastos innecesarios por su culpa.

Por ejemplo, si uno recibe de otro el encargo de entregar cierta cantidad de trigo, y pudiendo pagar la deuda con trigo

regular entrega de mejor especie, no tiene derecho á que se le abone el perjuicio: *Fidejussorem si sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spopondit quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: à reo autem non allìud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se à stipulatore licuit.....* (Ley 52, Dig., *Mand.*).

Pero si no estuvo en su mano remediarlo, y pagó en una especie por no tener otra, se le debe indemnizacion: *Impendia, mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnino debent: nec ad rem pertinet, quod his, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere* (Ley 27, § 4.°, Id.).

Finalmente, el abono de gastos procede, aunque el negocio se haya desgraciado; como no sea por culpa del mandatario: *Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas apellationis procuratorem constiterunt; si tamen nihil tua culpa factum est, sumptus quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes* (Ley 4.ª, Cód. *Mand.*).

Y lo mismo seria si no hubiese podido acabarlo: *sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est* (Ley 56, § 4.°, Dig., Id.).

Cuarta condicion: si el mandatario deja de cumplir su encargo, ó comete falta del que resulte perjuicio al mandante, está obligado á indemnizarlo.

Los romanos fueron muy solícitos en depurar la responsabilidad del mandatario; como dice Troplong, trascribiendo un bello pasaje de Ciceron *pro Roscio*, la filosofía y la jurisprudencia se habian puesto de acuerdo para trazarle sus deberes y mostrarle las consecuencias de una trasgresion. El dolo, á los ojos de aquellos severos moralistas y jurisconsultos, no merecia compasion ni escusa: *sed et si dolo emere neglexisti teneberis* (Ley 8.ª, § 10, Dig., id.).—*Si quid fraude, vel dolo egerit, convenire eum more judiciorum non prohibearis* (Ley 10, Cód. de *Procurat.*).

En cuanto á la culpa, los intérpretes agitaron la cuestion de si respondia solo de la culpa lata, ó si debia prestar además la culpa leve y levísima. Para descartar la culpa leve decian unos que el mandato es gratuito, y el beneficio no debe ser oneroso para el que le dispensa, segun lo dispuesto por la ley

en materia del depósito: que los testos solo hablan de la culpa lata; testigo la ley 8.ª, § 10, en la que Ulpiano decide que si el mandatario á quien se ha dado el encargo de comprar un esclavo, deja de hacerlo por dolo ó culpa lata, es responsable, y que este silencio sobre la culpa leve era la prueba de que la escluyen.

En contra de esta opinion otros alegaban testos positivos que deciden que el mandatario responde de toda culpa, cuya autoridad valia por todas las inducciones sacadas en el opuesto sistema de pasajes poco precisos: *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur* (Ley 13, Cód., *Mand.*).

Para salvar la contradiccion de obligar al mandatario á responder de la culpa leve, mientras que el depositario, cargo tambien gratuito, presta solo la culpa lata, daban los últimos por razon que el depositario desempeña un papel meramente pasivo, mientras que el mandatario necesita proceder con actividad y con celo.

Resuelta la primera cuestion lo estaba de hecho la siguiente sobre la clase de culpa que le corresponde. Los intérpretes dicen que es la culpa levísima, fundados en dicha ley 13, y la 21 del Código, *Mand.*: *Aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.*

El mandatario queda obligado por la aceptacion del mandato á desempeñarlo bien y fielmente, siendo responsable de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionen á su comitente segun declaracion terminante de esta ley «tenudo es de pecharle todo el daño que viniere por razon del»; pero sin embargo, este precepto es aplicable y solo puede aprovechar al mandante, mas no al que contrató con el mandatario (S. 28 Marzo 1863 y 1868).—Para eludir la responsabilidad de este, se ha invocado alguna vez la regla de derecho, «de que la culpa de uno no debe empecer á otro que en ella no haya parte;» mas esta regla no se infringe cuando no se le hace responsable de culpa ajena, sino de la suya propia por haber faltado á las obligaciones relativas á su encargo (19 Noviembre 1867).

### Artículo 2.°

*Del mandato celebrado en utilidad de un tercero.*

Ley 21.—[1]*Mandando un ome á otro facer alguna cosa que non fuese á pro de aquel que lo mandó, nin de el que recibió el mandato, mas de otro tercero; esta es la segunda manera. Como si dijese: Mandote que recibas las cosas que ha Fulan en tal lugar, ó que le compres, ó que le fagas tal cosa señaladamente, ó que entre fiador por él, ó le mandase facer otra cosa semejante. Ca si aquel á quien mandan facer esto, recibiese el mandado por facer gracia é amor aquel que gelo manda, debese trabajar de cumplirlo cuanto pudiere bien é lealmente.* [2]*E si alguna cosa pagase ó pechare en razon de este mandado, tenudo es de gelo mandar facer cobrar aquel que gelo mandó.* [3]*E si algun daño recibió este tercero por cuyo pro se face el mandado, ó por engaño, ó por culpa de aquel que recibió el mandado, puedelo demandar á aquel que lo mandó facer, é es tenudo de gelo pechar.* [4]*Pero cuanto pechare por esta razon aquel que fizo el mandamiento, bien lo puede demandar ó aquel que recibió el mandamiento; é él es tenudo de lo pechar, pues que por su culpa ó por su engaño vino.*

Otra manera hay de mandato que no es en provecho del que lo manda ni del que lo recibe, sino de otro tercero, cuya especie, de que habla la ley anterior, tiene un testo espreso en la Instituta (el § 3.°): *Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi aliquis mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

En contra de esta doctrina no vale decir que el mandante estipula en favor de otro, y que semejantes estipulaciones son nulas, pues el que encomienda á otro negocios de un tercero, es responsable para con este, que puede ejercitar contra él la accion *negotiorum gestorum*, de donde naturalmente nace su interés de que el mandatario cumpla leal y fielmente su encargo. Por eso, en esta forma de contrato, no basta, segun el sentir de Ulpiano, la nuda convencion para producir obligaciones.

*Mandati actio tunc competit, cum cœpit interese ejus, qui mandavit; cæterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest* (Ley 8.ª, § 6.º):

Naturaleza de estas obligaciones, medios de hacerlas efectivas, tal es la materia de esta ley.

Entre mandante y mandatario nace una relacion jurídica, en cuya virtud, si este hubiere hecho algun desembolso para ejecutar el mandato, el primero tiene el deber de procurarle el desembolso. Como la ley limita á esto su precepto, sin marcar un órden para el ejercicio de las acciones, lo cual, por interposicion de una tercera persona, pudiera ofrecer confusion, decimos que el mandatario podria repetir contra dicha tercera persona, cuyos intereses promovió, pero es mas natural su accion contra el mandante; pues de la misma manera que este la tiene, segun antes hemos dicho, para exigir del mandatario exactitud y celo en el cumplimiento del mandato, así este puede ejercitar contra él la accion contraria del mandato, por la que el mandatario se indemniza, á costa del mandante, de los gastos causados por su culpa.

Cayo decide que tiene lugar en este caso la cesion de acciones: *si mandatu meo, Titio credederis, et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi præstiteris: sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor. sed in id duntaxat tibi obligatus ero, quod à Titio servare non potueris* (Ley 27, § 5.º).

Si el tercero, en cuyo favor se hizo el mandato, esperimenta algun perjuicio por culpa ó engaño del mandatario, puede repetir contra el mandante, el cual está obligado á indemnizarlo.

El mandatario es un agente intermedio, *nudus minister;* por lo que los actos verificados con un tercero no reflejan sobre él ni es un verdadero responsable. Este punto se enlaza, sin embargo, con precedentes jurídicos dignos de un recuerdo. En Roma el mandatario no desempeñaba al principio este papel: contrataba en su nombre propio, obligándose personalmente para con un tercero, de lo cual resultaba que este no tenia ac-

cion ninguna contra el mandante, como si no hubiera tomado parte en el contrato. Esta teoría era perfectamente adecuada al espíritu formal y rigorista de aquel derecho. Todo mandato supone una órden de obrar, pero esta órden variaba hasta en el nombre segun la cualidad de la persona: si era un esclavo ú otro constituido bajo potestad, era el *jussum* mandato de imprescindible cumplimiento: dada á un hombre *sui juris*, era el mandato que este podia ó no aceptar segun su voluntad. De aquí el carácter con que intervenia en el acto, carácter propio y personal, en cuya virtud contraia obligaciones directas, permaneciendo el mandante fuera ó exento de todo contacto jurídico respecto del tercero.

Esto, segun hemos dicho, sucedia al principio; despues, merced al progreso de la jurisprudencia, y por medio de las acciones útiles, el mandante puesto, digámolo así en evidencia, entró á representar un papel activo y pasivo en sus relaciones con un tercero.

El mandatario puede obrar en nombre propio que es la manera mas comun sobre todo en asuntos de comercio, y entonces no es un mero intermediario, sino que contrae con el tercero obligaciones directas, sin perjuicio de las que le ligan para con el mandante; pero no nos ocupamos de esta nueva relacion que aquí, á lo menos en este caso, no desenvuelve la ley.

Su precepto final tiene una aplicacion lógica: el mandante puede repetir del mandatario el importe de lo que por su culpa ó engaño tuvo que satisfacer al tercero: *ipsi sane qui mandavit, abversus te mandati actio est* (Ley 14, tít. XIX, lib. II, Cód.).

### Artículo 3.°

*Del mandato celebrado en utilidad del mandante y de un tercero.*

Ley 21.—'*La tercera manera de mandamiento es cuando manda facer un ome á otro alguna cosa por pro de sí mismo é de otro tercero alguno. Esto seria, como si dijese: Mándote que recibas las cosas que avemos yo é fulan en tal lugar, ó que compres tal viña, ó que fagas tal cosa para mi é para él, ó que en-*

*tres fiador por nos, ó que le mande facer otra cosa semejante. Ca, si aquel á quien mando facer esto, recibe el mandado, tenudo es de lo cumplir bien é lealmente.* [2]*E si alguna cosa pechare ó despendiere aquel que recibió tal mandamiento, por razon del, tenudo es de gelo pechar todo aquel que gelo mandó facer.* [3]*Otrosi el otro á quien nombró en el mandado, debe y dar su parte, si lo que así pechó entró en pró del.* [4]*E si aquel que recibió el mandado, fizo algun engaño, en aquello que ovo de facer ó de recabdar, ó por su culpa viene daño ó menoscabo en ello, tenudo es de lo pechar aquel de quien recibió el mandado.*

El mandato puede haberse hecho en utilidad del mandante y de un tercero: *Sua et aliena causa intervenit mandatum, veluti, si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo et Titio sponderes* (Inst., § 4.°).

Nuestra ley despues de copiar esta tercera clase de mandato, esplica así sus efectos.

Por parte del mandatario, si recibe el mandato, está obligado á cumplirlo bien y lealmente.

Por la del mandante, si en el mandato se hubieren originado gastos, está obligado á satisfacer su importe.

Mas como la utilidad no era esclusivamente suya sino de otro á quien comprendió en el mandato, la singularidad del acto consiste en que este tercero debe contribuir en la proporcion que le toque, si lo gastado lo fué en beneficio suyo.

Finalmente, si por culpa del mandatario resultó daño ó perjuicio en la cosa ó negociacion objeto del contrato, débelo indemnizar á aquel de quien recibió el mandato.

### Artículo 4.°

*Del mandato celebrado en utilidad del mandante y mandatario.*

Ley 22.—[1]*Por gracia é á pro de aquel que manda é de aquel que rescibió el mandamiento puede ser mandada facer alguna cosa; é esta es la cuarta manera de que fecimos emiente de suso. Esto seria como si alguno oviese menester maravedís, é rogase ó*

*mandase á algun judío que le diese ó le emprestase estos maravedís á ganancia á él, á su mayordomo ó á su personero de aquel que lo mando facer. Tal mandado como este es á pro del que lo manda facer, porque se aprovecha de los maravedís en aquellas cosas que manda facer á su mayordomo ó á su personero. Otrosí es á pro del que rescibe el mandado por que le den ganancia de los maravedís que prestó.* [2]*E decimos que aquel que manda esto facer, es tenudo de pagar los maravedís con la ganancia á aquel que rescibió el mandado del. Ca pues su mayordomo ó su personero los recibe por mandado del, tenudo es como si el mismo los recibiese.*

El mandato se hace tambien en utilidad del mandante y del mandatario: *tua gratia et mandantis,* como dice la Instituta, que pone tres ejemplos de esta nueva especie.

Nuestra ley declara que esto seria como si alguno estuviese necesitado de dinero, y rogase ó mandase á algun prestamista que diese ó prestase á ganancia cierta cantidad á él, á su mayordomo ó apoderado. El mandato se convertia en beneficio del mandante, porque se aprovechaba del dinero, y era útil al mandatario, porque recibia el interés del préstamo.

La obligacion que de esto nace salta á la vista. El mandante debe devolver la cantidad con los intereses, pues habiéndola entregado á su mayordomo, es como si él mismo la hubiese recibido.

### Artículo 5.°

*Del mandato celebrado en utilidad del mandatario y de un tercero.*

Ley 22.—[1]*La quinta manera de mandamiento es cuando un ome á otro manda que faga ó dé alguna cosa á pro tan solamente de aquel que rescibe el mandado é de otro tercero. Esto seria como si alguno mandase á otro que diese sus maravedís á ganancia á un tercero, nombrándolo. En tal caso si este que dió los maravedís, non los pudiese cobrar de aquel que los recibió, los puede demandar despues á aquel que gelos mandó dar.* [2]*Eso mis-*

*mo seria si alguno mandase á otro que prestase cierta cuantía de maravedís á otro tercero, sin ganancia ó otro pro que esperase aver del préstamo.*

Una nueva especie de mandato distinguió la ley romana, á saber: el que se verifica en utilidad del mandatario y de un tercero: *tua et aliena gratia, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes, quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum* (Inst. § 5.°).

La ley declara, que si el autor del préstamo no pudiese cobrar su importe del que le recibió, le podia reclamar del mandante.

Lo mismo dice que seria aun cuando el préstamo se hubiese hecho sin interés, pero el comentador observa con acierto que este caso no seria propio de esta especie, sino de la segunda: *Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ* (Vinio).

### Artículo 6.°

### *Del mandato celebrado en utilidad del mandatario.*

Ley 23.—[1] *A pro tan solamente de aquel que rescibe el mandado acaesce á las vegadas, que manda á otro facer alguna cosa, como si dijese: Consejovos ó mandovos que de los maravedis que tenes compres viñas ó heredades, ó otra cosa semejante que le mandase comprar ó mejorar: ca si esto ficiese por consejo ó mandado de otri, maguer le viniese daño de tal consejo ó mandamiento, non seria tenudo de gelo pechar el que lo mandó facer. Esto es porque tal mandamiento mas es consejo que mandamiento.* [2] *E aquel á quien es fecho debe catar si es á su pro ó non ante que lo faga. Ca ninguno non es tenudo por premia de tomar consejo que otro le da si non quisiere.* [3] *Por ende non le empece aquel que lo mandó facer. Fueras si fuese fallado en verdad que tal mandamiento ó consejo avia dado maliciosamente ó con engaño. Ca cuanto daño le viniese por razon del engaño, seria tenudo de lo pechar.*

El mandato dirigido á que otro haga ó verifique tal cosa,

consultando solo á su utilidad, merece mas que este nombre el de consejo; por eso la ley romana no le consideró obligatorio: *Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres; vel ex diverso... Cujus generis mandatum magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium* (Inst., § 6.°).

El que reciba este mandato debe meditar si le conviene ponerle ó no en ejecucion; pues nadie está obligado á seguir un consejo que no le acomode: *Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat vult, et urget, ut fiat, quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat.*

Mas como en ciertos casos se faltaria á todos los principios de moral si se declarase la irresponsabilidad del consultor ó consultado; de aquí es que por derecho civil y aun por el penal puede haber escepciones de esta regla.

Si en materia dudosa uno pidiese consejo, y fuere este de tal peso que sin él no se hubiere ejecutado, el que le dió seria responsable.

Lo mismo sucedería si se hubiese dado con tal insistencia que pareciera mas que consejo una recomendacion, de lo que presenta ejemplo la Instituta: uno aconseja á otro que dé su dinero á préstamo, citándole nombre, como si quisiera tomar sobre sí la responsabilidad de la persona: cuando así se verifique, alcanzan al consultado los efectos de su consejo: *Quæsitum est an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares? Set obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset* (§ 6.°, Inst.).

El emperador no se contradice al resolver este caso despues de haber declarado irresponsable el consejo: *Plane qui simpliciter affirmavit idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur* (Vinio).

El consejo, en tanto se considera inocente en cuanto se haya dado con recta intencion: si intervino dolo ó astucia, compete la accion de dolo contra el que por este acto irrogó daño á un tercero. Ciceron dice: *Qui consilium dat, fidem præstare tenetur:*

y en otra parte: *si fraus absit, ex consilio nemo tenetur et qui consulit præter fidem nihil præstat.* A lo que es igual el dicho de Ulpiano: *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio.*

Dado á un delincuente, como no sea para hacerle desistir de su mal propósito, puede inferir responsabilidad á su autor, segun su gravedad, como causa determinante ó impulsiva. Nadie puede aconsejar y mucho menos mandar cosas contrarias á la moral ó á las leyes.

### Artículo 7.°

*Del mandato de cosa ilícita.*

Ley 25.—[1]*Recibiendo un ome de otro mandado para facer alguna cosa guisada, si acaesciere que pechare algo por ende es tenudo el que gelo mandó facer, de gelo pagar.* [2]*Mas si le mandase facer furto ó robo ó omicidio, ó le mandase encender algunas casas ó mieses, ó le mandase facer otro mal alguno á otro á tuerto, maguer pagase por ende alguna cosa el que recibe el mandato, non seria tenudo de facer enmienda aquel que gelo mandó facer, como quier que tambien el uno como el otro deben pechar al tercero quel daño á mal recibiere, todo tanto cuanto menoscabase ó perdiese por razon de tal mandado.* [3]*Otrosí si alguno que fuese menor de veinticinco años mandase á otro cualquier que fuese, que entrase fiador á alguna barragana ó á otra alguna mala mujer con que oviese que ver que le diese de vestir ó otras joyas algunas ó otra cosa cualquier; maguer este á quien lo mandase facer despendiese por tal mandado alguna cosa, non seria el otro tenudo de gelo facer cobrar, si non quisiese, porque tal despensa es fecha á daño del menor é sobre cosa desaguisada é mala.*

Aunque la ley diga que el mandante está obligado á reembolsar al mandatario los gastos de un mandato lícito, no tanto se propone repetir una regla establecida en diferentes lugares, cuanto declarar la nulidad, el ningun efecto de un mandato inmoral. Al analizar los términos de la definicion de este contrato, señalamos la necesidad de este requisito: ahora, con mejor oportunidad, ampliaremos aquellas indicaciones.

Como no es válida la venta de cosas prohibidas, ni hay sociedad posible sobre cosas contrarias á las buenas costumbres, de la misma manera no se concibe el mandato que tenga por objeto actos prohibidos por las leyes: *Rei turpis nullum mandatum est.*

Esta bella máxima de Ulpiano está tomada de los preceptos de moral enseñados por Ciceron y Séneca. No podemos resistir al deseo de dar á conocer dos pasajes citados por Troplong. Blosio de Cumas hablaba un dia de su amistad con J. Graco, cuyas órdenes habia ejecutado siempre.—¿Y si os hubiera mandado poner fuego al Capitolio? le preguntaron.—No me lo habria mandado nunca, contestó.—Pero, en fin, ¿si os lo hubiera mandado?....—Habria obedecido.—Ya veis, dice Ciceron, qué palabra tan criminal: *Videtis quam nefaria vox.* Consagremos, pues, en amistad el principio de que no debe pedirse ni concederse nada que sea culpable: sea la primera ley de la amistad no exigir de nuestros amigos ni hacer por ellos sino lo que el honor puede conceder.

Séneca añade: hay cosas perjudiciales para los que las obtienen: respecto de ellas, no la condescendencia, sino la negativa, es un beneficio. Como rehusamos el agua fria á los enfermos, el puñal á los afligidos que están disgustados de la vida, así debemos negar las cosas nocivas, aunque nos las demanden con instancia, con humildad, implorando nuestra compasion.....

Los jurisconsultos romanos hicieron aplicacion de estos principios en diferentes casos. Paulo pone por ejemplo el mandato dado para despojar un templo ó matar un hombre: *Qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suspiciat, nihil mandati judilio consequi potest, propter turpitudinem mandati* (Ley 22, § 6.°, Dig., id.)

Procediendo de tan buenos orígenes, debia resultar igualmente pura la moral de nuestra ley.

Si el mandato, dice, recae sobre cosa ilícita, como por ejemplo el hurto, el homicidio ó el incendio de las mieses, aunque el mandatario haga con tal motivo algun gasto, no tiene accion

para conseguir el reintegro, como quiera que mandante y mandatario están sujetos á pagar daños y perjuicios.

Por idéntica razon, si un menor de veinticinco años mandase á otro que salga fiador de una mujer con quien vivia mal entretenido, ó haga con ella algunos gastos, como que el mandato es inmoral, no vale y no produce accion: *si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed etsi ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati: quasi adversus bonam fidem mandatum sit* (Ley 12, § 11, Dig.).

§ III.

*De los procuradores.*

Ley 1.ª, tít. V, Part. III.—*Personero es aquel que recabda ó face algunos pleitos ó cosas agenas por mandado del dueño dellas. E ha nome personero porque paresce, ó está en juicio, ó fuera del en lugar de la persona de otri.*

El que en virtud de poder ó facultad de otro ejecuta en su nombre alguna cosa en el lenguaje hoy admitido, se llama procurador, que es como le denominó el derecho romano: *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat* (ley 1.ª, de *Proc.*). La ley de Partida le llama personero, porque se presenta en juicio ó fuera de él en lugar de la persona mandante. Puede ser, como se ha dicho, para pleitos ó para negocios, procurador judicial ó estrajudicial: *Usus procuratoris per quam necessarius est ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere, conveniri* (§ 2.ª, dicha ley).

Son aptos para ejercer este cargo los que no tengan prohibicion por las leyes, en cuyo caso se encuentran las siguientes:

Ley 5.ª—*El loco, el desmemoriado, el mudo, el que es sordo de todo, ó el que fuese acusado sobre algun gran yerro en cuanto durase la acusacion.....*

¿Y el ciego puede ser admitido? pregunta el comentador, y contesta: *Videtur quod sic cum in hoc non prohibeatur.*

Ley 19.—*E decimos que los personeros que son dados para recabdar cosas fuera de juicio que cumple sean de edad de diez y siete años, como quier que los otros que son puestos para demandar ó á responder por otro en juicio, deben ser, á lo menos de veinticinco años.*

El procurador judicial necesita tener veinticinco años: el simplemente apoderado basta que tenga diez y siete: la ley romana tuvo sin duda presente que un poco antes de esta edad vestian los jóvenes la toga viril; pero no debió la de Partidas copiar semejante disposicion, con tanto mas motivo, cuanto que dentro de aquel precedente existen leyes contradictorias que hacen el punto asaz dudoso. La 13, tít. II, lib. XL, Dig., preceptúa: *Si in hoc manumittatur ut procurator sit, dummodo non minor annis decem et octo sit:*..... La Instituta es la que dice: *Et qui manumittitur procuratori habendi gratia, non minor decem et septem annis manumittatur* (Lib. I, tít. VI, § 5.º).

El mandato debe ser personal como la confianza que le sirve de base; por lo que la sustitucion ha sido objeto de graves dificultades. La cuestion, sin embargo, desaparece por nuestro derecho: pues la ley 19, tít. V, Part. III, despues de declarar que el procurador judicial no puede hacerse representar por otro, como el poder no tenga cláusula de sustitucion, añade: *Los otros personeros que son fechos para recabdar ó facer otras cosas fuera de juicio, bien pueden dar otros personeros en su logar cada que quisieren: é valdrá lo que fuere fecho con ellos, tambien como si lo ficiesen con aquellos que los pusieron en logar.*

La sustitucion podria ceder en perjuicio del mandante si el sustituto careciese de la aptitud y de las facultades del mandatario, por lo que para salvar este inconveniente continúa; *pero si estos ficiesen cosa á daño del señor, estonce los primeros personeros que los cogieron é los pusieron en sus logares, son tenudos de se parar á ello.*

El nombramiento de procurador ha de constar en escritura pública, otorgada á tenor de lo dispuesto en la ley 14 de este

título. Sus cláusulas deben estar redactadas con la mayor exactitud; pues segun la 19 *razonar nin facer non puede el personero mas cosas en el pleito nin meter á juicio, de cuanto le fuese otorgado ó mandado por razon de la personería. E si á mas pasare non debe valer lo que ficiere.....* (S. 15 Junio 1868).

El contrato celebrado por un apoderado no puede obligar al poderdante, cuando se celebra con estralimitacion de las facultades que este dió (25 Febrero 1865).

## § IV.

### *Modos de acabarse el mandato.*

El autor de las Partidas pasó en silencio las causas que ponen fin al mandato, acaso por haber creido bastantes para el objeto las leyes 23 y 24 del tít. V, Part. III, que señalan los modos de cesar en su cargo los procuradores judiciales.

Del derecho romano que surte las veces de jurisprudencia están tomadas las doctrinas del Proyecto, y que los autores siguen para completar esta materia. El mandato acaba por la revocacion del mandante, por la renuncia del mandatario, por la muerte, interdiccion, quiebra é insolvencia del mandante ó mandatario.

#### Artículo 1.°

#### *Revocacion del mandato.*

*Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit evanescit* (§ 9.°, tít. XXVI, lib. III, Inst.): *si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi vel heredi meo? Et ait Marcellus, cessare mandati actionem, quia extinctum est mandatum, finita voluntate* (Ley 12, § 16, tít. I, lib. XVII, Dig.).

Dos razones puede haber para que no se cumpla escrupulosamente el principio de que nadie sin el consentimiento del adversario puede separarse de la obligacion una vez constituida. El mandato tiene por objeto el interés del mandante, y ca-

da cual es dueño de renunciar á su beneficio. Además como acto de confianza debe cesar cuando el mandante pierda la que depositó en el mandatario.

La revocacion puede ser espresa y tácita ó presunta. La primera, que tiene lugar de una manera esplícita, puede hacerse de varios modos. El mas propio consiste en el otorgamiento de una escritura pública en que así se declare, encargando al notario autorizante que lo haga saber al mandatario y le requiera á la devolucion de los poderes en que constaba su nombramiento, ó tambien acudiendo al juez con escrito acompañado de la escritura de revocacion, pidiendo que se le notifique en forma al mandatario y entregue los poderes que se le otorgaron.

La revocacion tácita y presunta se deduce de ciertos hechos que indican suficientemente que no es voluntad del mandante que el mandatario continúe en el encargo que se le habia conferido. Son varios los casos que pueden imaginarse: la revocacion se presumiria por el hecho de la interdiccion ó quiebra del mandatario, lo cual necesariamente ha de influir en sus relaciones con el mandante, y otro tanto seria si el mismo mandante se encargase por sí del negocio encomendado á un tercero.

Segun el art. 1.625 del Proyecto, el nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio, produce tácitamente la revocacion del primero. Concuerda el artículo con la ley 31, § 2.° , tít. III, lib. III, Dig.: *Julianus ait eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videri.*

De aquí el adagio de Godofredo sobre esta ley: *posteriore procuratore constituto, prior tacite revocatus intelligitur.*

El mandato posterior especial ó para cierto negocio no deroga ó revoca tácitamente al anterior general sino en cuanto á aquel negocio, ni el general posterior deroga al anterior especial, pues no debe presumirse cambio de voluntad, mientras haya términos hábiles para conciliarla. Rogron presenta un ejemplo de la primera hipótesis: si teniendo yo un apoderado general, doy despues á otro poder especial para arrendar una

casa y recaudar sus alquileres, no se entiende revocado el poder general anterior, sino en lo relativo á la casa del poder especial posterior.

Los actos celebrados con un tercero que ignorase la revocacion del mandato, son válidos: *Placebat debitores ei qui solvissent liberatos esse, si modo ipsi ignorassent* (Ley 41, Dig. de *Reb. cred.*).—*Fueras si fuese personero, é en la personeria le fuese otorgado poder de la vender é la vendiese en ante que sopiese que el señor de la cosa la queria vender á otro* (Ley 51, tít. V, Part. V).

Se ha cuestionado alguna vez sobre si los poderes otorgados por las comunidades religiosas para la administracion de sus bienes, habrian ó no caducado con la estincion de estas, y se ha declarado que dichos poderes quedaron sin efecto desde la supresion de aquellas corporaciones, no siendo por lo tanto posible reconocer personalidad á nombre de ellas en el apoderado nombrado antes de la supresion (S. 20 Junio 1863).

### Artículo 2.°

*Renuncia del mandatario.*

*Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequator. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa interceserit, aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi* (Inst., § 11).

Aunque el mandatario haya aceptado y aun comenzado su encargo, no está obligado á consumarle, si no puede: *qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet* (Ley 27, § 2.°, Dig., *Mand.*).

El legislador que no debia olvidar el carácter del mandato, que sabe que procede de un sentimiento liberal y benéfico, no ha podido menos de reconocer justos motivos de escusa: *sane si veletudinis adversariæ vel capitalium inimicitiarum* (Ley 23). *Seu ob inanes rei actiones* (Ley 24). *Seu ob aliquam justam causam excusationes alleget audiendus est* (Ley 25, Dig , id.).

De aquí la distincion entre renuncia tempestiva é intempestiva: es lo primero, cuando el mandante conserva íntegra la facultad de desempeñar cómodamente el negocio: y lo segundo, si se hace en tales circunstancias, que ni por sí ni por otro pueda desempeñarle. La renuncia tempestiva disuelve completamente el contrato. La segunda, solo mediando causa legítima puede admitirse. Mas á fin de conciliar los intereses que se versan en el mandato, debe el mandatario avisar al mandante lo mas pronto posible; *ut quam primum poterit* (dicha ley 27), y continuar todavía en su cargo hasta que este tome sus disposiciones. Esto parece tan conforme á la equidad como á la naturaleza amistosa del contrato.

### Artículo 3.°

#### *Muerte, interdiccion ó quiebra.*

*Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit solvitur mandatum* (Inst. § 10).

Aunque el heredero sea continuador de las obligaciones del difunto se comprende que esta regla no tenga lugar en el mandato. Este contrato debe concluir por muerte del mandante, porque es un servicio prestado al amigo; y por la del mandatario, porque descansa sobre la confianza que inspira una persona. Mandante es para este caso el primero que otorgó los poderes, no el mandatario, suponiendo que hubiese sido autorizado para sustituirlo. Sin embargo, lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante, es válido y surtirá todos sus efectos respecto de terceros que hayan contratado de buena fé: *Mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur* (Ley 26 al princ., tít. I. libro XVII, Dig.). *Utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum posse te agere mandati actione: alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum adferat* (§ X, tít. XXVI, lib. III, Inst.).

Atendido el rigor de derecho no debia valer lo actuado por

el mandatario, despues de la cesacion del mandato, pero se ha consultado la equidad que en contratos de esta especie, debe prevalecer sobre los ápices del derecho: *in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare.*

Los terceros se encuentran en el mismo caso que el mandatario, cuando como él obran de buena fé: si obran de mala, sabiendo, por ejemplo, la muerte del mandante, aunque la ignorase el mandatario, no podrán prevalerse de lo hecho (Goyena).

En el caso de morir el mandatario, sus herederos deberán ponerlo en conocimiento del mandante, proveyendo entre tanto á lo que las circunstancias exijan para interés del mismo. El deber impuesto á los herederos es una carga de la herencia, pues se deriva esencialmente de la obligacion originaria contraida por el difunto.

La interdiccion, quiebra é insolvencia producen el efecto de la revocacion, lo cual se conoce sin mas que considerar que cualquiera de estos sucesos destruye toda confianza, quebranta y anula los lazos mejor establecidos.

## SECCION V.

### DE LOS CENSOS.

### *Precedentes jurídicos.*

Los censos fueron desconocidos por los romanos: el título 15, lib. L, Dig. de *Censibus* trata de la descripcion de las personas y de los bienes (principalmente raices) de los ciudadanos para contribuir en justa proporcion á las cargas del Estado. La enfiteusis equiparada en un principio á la venta ó al arrendamiento, fué la única institucion que tomó por último carácter censual.

En el derecho pátrio existen desde hace algunos siglos, no muchos, pues aun por nuestro derecho tardaron bastante tiempo en darse á luz.

Del censo reservativo no obstante la grande antigüedad que algunos le conceden, apenas hay vestigios tal vez por acomodarse al contrato de venta, el mas análogo para esta forma de enajenacion.

Las noticias mas antiguas que tenemos del censo consignativo son del año 1492, siendo lo probable que se introdujeran en Castilla á fines del siglo XV á semejanza de los juros usados ya desde el reinado de D. Enrique IV.

El Código de Partidas solo habla de la enfiteusis que copió del derecho romano; verdad es que atendidas sus máximas sobre la usura, aun habiendo estado en uso, quedaria justificado su silencio sobre el consignativo ó vitalicio.

El título XV, libro X de la Novísima Recopilacion forma el resúmen de la legislacion censual hasta su época: en varias de sus leyes se distinguen cuatro clases de censos.

Los Códigos modernos, aunque disconformes en la manera de considerar esta institucion, sin embargo la conservan. El Francés reconoce nuestro censo consignativo bajo el nombre de renta perpétua y le examina brevemente en el título del préstamo: del vitalicio se ocupa bajo el nombre de renta vitalicia entre los contratos aleatorios.

## § ÚNICO.

### *Nociones generales acerca de los censos.*

El censo, considerado no como derecho ya constituido si no en la forma ó bajo el aspecto de su constitucion, es un contrato consensual, por el que se adquiere el derecho de exigir de una persona un cánon ánuo ó pension por haberle trasferido el dominio útil de la finca ó este juntamente con el directo, ó por haberle prestado una cantidad, consignándola sobre bienes raices suyos.

La persona que en virtud del contrato adquiere el derecho se llama generalmente censualista, y la que se obliga á pagar la pension censatario.

Pertenece á la clase de los nominados, porque cada uno de ellos tiene distinto nombre, como le recibió la enfiteusis por el derecho romano y el de Partidas. Es consensual en el sentido de que los contrayentes quedan obligados por solo el consentimiento: bilateral, oneroso y conmutativo, porque de parte de los dos contrayentes existen obligaciones recíprocas, consistentes en prestarse mútuamente alguna cosa.

Aunque es por naturaleza consensual su constitucion exige como requisito indispensable el otorgamiento de escritura pública y la razon es sencilla; pues ó se trata de la enajenacion de un derecho real, ó de la imposicion de un gravámen que por ley y por práctica no se concibe sin este requisito. Si la escritura es pura forma ó solemnidad esencial, es cuestion resuelta por la jurisprudencia que en este y otros casos análogos ha determinado la influencia de esta condicion para la validez de los contratos consensuales.

Tres elementos han de concurrir en la constitucion de un censo: personas adornadas de los requisitos necesarios para obligarse por contrato: cosa que sea su objeto; y pension que haya de satisfacerse.

Los censos reconocidos por nuestro derecho, y de los que vamos á ocuparnos, son tres; el enfitéutico, el consignativo, y el reservativo.

### Artículo 1.°

*Disposiciones especiales del censo consignativo.*

El censo es consignativo cuando se impone el gravámen del rédito ó cánon en compensacion del capital recibido en dinero. Constituido por contrato es una especie de venta, en la que el comprador es el censualista, el vendedor el censuario, el capital el precio que se paga, y el derecho á la pension la cosa que se vende. En su constitucion se deben considerar: 1.° la cosa sobre que se impone; 2.° el capital impuesto; 3.° la pension.

La *cosa* sobre que se impone el censo ha de ser raiz y fructífera, determinada y propia del censo: puede consistir tambien

en derechos naturalmente anejos al suelo, como el de pasto y otros que sin esta cualidad sean por su naturaleza perpétuos, como por ejemplo los propios ó arbitrios de los pueblos y rentas del Estado etc.

El dueño de la cosa sobre la que se imponga el censo está obligado á manifestar al censualista las cargas ó responsabilidades á que estuviere afecta, *so pena que, si así no lo hiciere, pague con el dos tanto la cuantía que recibió por el censo que así vendió ó cargó de nuevo* (Ley 2.ª, tít. XV, lib. X, Nov. Recop.).

Han debatido largamente los intérpretes sobre si el capital ha de consistir en dinero ó puede constituirse en especie. Las razones en pro y en contra se hallan reunidas en la página 655, tomo II de la obra de Códigos. Nos limitaremos á consignar que de ley no es que haya de constituirse en dinero; mas como lo que se trata de impedir es que sea usurario, y este parece el medio mejor de conseguirlo, muchos son de esta opinion, y el Proyecto de Código terminantemente lo exige (Artículos 1.546 y 1.547). Tampoco hay necesidad de hacer la entrega de presente; basta haberla hecho antes: un crédito cierto y líquido contra el vendedor del censo puede servir de capital.

Un requisito esencial es que sea justo; quiere decir, que guarde proporcion con la pension. De esto se ha ocupado con frecuencia el legislador, habiendo tenido que ajustarse para fijar el tipo á las circunstancias del tiempo y á la relacion de las cosas con el dinero. En los censos al quitar está ahora regulado al 3 por 100 bajo la pena de nulidad del contrato. En el censo irredimible no hay tasa señalada por las leyes; aunque por ser mas gravoso, todos convienen en que debe ser mayor que en los redimibles. Algunos escritores han sido de dictámen que las leyes concernientes á este punto han sido derogadas por la de 14 de Marzo de 1856, que abolió la tasa del interés; sin negar el fundamento de esta opinion que tiene un nuevo apoyo en la analogía establecida por el Proyecto de Código, parece mas estrictamente legal la contraria; pues refiriéndose dicha ley á los préstamos sola y esclusivamente, no debe dársele una interpretacion estensiva.

En cuanto á la *pension*, lo primero es que no esceda de la cantidad admitida por ley ó por costumbre. El segundo requisito es que haya de pagarse en dinero efectivo. La ley 9.ª, título y libro citados de la Nov. Recop., autorizó, donde estuviere recibida, la costumbre de ajustar el rédito en granos, regulándose la paga por la última reduccion del tres por ciento, cuyo abono debia hacerse por el valor que tuvieran los frutos en los respectivos pueblos el 15 de Agosto de cada año. Pero la regla es la que establece la ley 3.ª de este título; pues aunque solo hace mérito de los censos al quitar, la insistencia del legislador en su cumplimiento (Ley 4.ª), y la disposicion de la 5.ª acordando la reduccion á dinero de los censos perpétuos fundados en pan, vino y especie, juntamente con la declaracion que tambien hace de haberse de tener y juzgar en todo como redimibles ó al quitar, en que solo se permitia pagar en dinero, persuaden de que la regla para todos los censos era igual.

A dos clases reducen los intérpretes los pactos prohibidos en la constitucion del censo: unos absolutamente prohibidos, y otros que en tanto se permiten, en cuanto el gravámen que por ellos se causa, se compense con la rebaja de la pension. A la primera de estas clases se refieren: el que pueda constituirse el censo sobre bienes muebles ó semovientes: que el censatario siga pagando la pension, aunque pereciese la finca, y que rediméndose parcialmente el censo, haya no obstante de pagarse íntegra la pension. En la segunda cuentan: el de no enajenar la cosa censida: el que en caso de enajenarse se haya de avisar al censualista, si la quiere por el tanto; el que caiga en comiso si no se paga.

La doctrina de que los pactos añadidos al contrato censual que infieren gravámen al censatario, se tienen por no puestos, se refiere á los pactos sobre rebaja del precio ó aumento de la pension; pero de ninguna manera á todos aquellos que tienen por objeto garantizar el pago de las pensiones (S. 9 Abril 1864).

Pero á fin de evitar repeticiones nos referimos sobre esta

materia á lo que dejamos espuesto en el lib. II, cap. V, seccion 3.ª del censo consignativo.

### Artículo 2.º

*Disposiciones especiales del censo reservativo.*

Cuando sin recibirse ningun capital, se enajena ó trasmite el dominio de los bienes inmuebles reservando únicamente para sí ó para otro el rédito ó cánon anual, el censo es reservativo.

Es un contrato consensual muy semejante al de compraventa ó arrendamiento, pero que por lo comun se reduce á escritura, en cuyo instrumento se hacen constar sus pactos y condiciones.

Se constituye con la cualidad de no poderse redimir, ó al contrario, declarándole redimible; y en el último caso, el censualista tendrá solo derecho de percibir la pension hasta tanto que el poseedor de la finca enajenada á censo reservativo, le pague el precio íntegro en que se estimó al tiempo de su constitucion.

Remitimos al lector á la seccion 2.ª, cap. V, lib. II en la que están esplicados los efectos jurídicos de este censo.

### Artículo 3.º

*Censo enfitéutico.*

Conocido lo que es este censo por lo que se ha dispuesto en la seccion 1.ª, cap. V, lib. II, al examinarle bajo su aspecto de derecho real, vamos á completar la doctrina estudiándole como contrato.

Pertenece á los consensuales y consiste en que uno se obligue á pagar á otro una pension anual por haberle este trasferido el dominio útil de una cosa raiz.

Por mucho tiempo estuvo sin clasificar aplicándole indistintamente las leyes de la compra-venta ó del arrendamiento.

De la primera, sin embargo, se distingue en que por ella se trasfiere el dominio directo y útil, y en la enfiteusis el último es

el que únicamente se traspasa; en que son objeto de la compra y venta tanto las cosas raices como las muebles, y solo las primeras del enfitéutico; y en que el precio, requisito de la una, se rige por distintos principios de la pension, propia del otro.

Tampoco es arrendamiento, pues en el arrendamiento solo se trasfiere el uso, y en el censo enfitéutico se trasmite además el dominio útil: el uno puede ser de cosas raices y muebles, el otro solo tiene lugar en las inmuebles; la pension en el primero ha de guardar proporcion con las utilidades de la cosa, en el segundo es mas baja; como que solo se presta en reconocimiento del dominio.

Por eso el emperador Zenon le dió una constitucion especial, en cuya virtud adquirió carácter propio y quedó como contrato *sui generis* sujeto á reglas determinadas.

En cuanto á la celebracion de este contrato es uniforme la jurisprudencia en exigir que haya de hacerse por escritura pública, segun manda la ley; aunque si aquella ha desaparecido ó no se encuentra, puede acreditarse la existencia por otro medio legal: v. gr., el reconocimiento del dueño del dominio útil, la prescripcion ú otro título.

El conjunto de esas disposiciones implantadas en el Código de Partidas, forma la materia de este contrato, y es la ley á que obedece segun hemos tenido ocasion de ver en la seccion y capítulos citados de la obra de Códigos.

# SECCION VI.

## DE LA TRANSACCION.

### *Precedentes jurídicos.*

Aunque no faltan motivos para referir la transaccion como hacen varios autores á los modos de estinguirse las obligaciones, hemos preferido seguir el órden de los Códigos modernos que la colocan entre los contratos.

El derecho romano consignó el nombre y las principales

reglas de este contrato en el libro II, tít. XV, Dig., II, tít. IV del Código.

No siguieron este ejemplo nuestros Fueros, pues apenas le indican sin embargo de haber sido frecuente entre las familias este modo de terminar las diferencias, como aparece por el tomo 1.° del índice de los documentos de los monasterios y conventos suprimidos que contiene los de Ntra. Sra. de la Vid y San Millan de la Cogolla, donde se conmemoran varias cartas de avenencias sobre asuntos particulares, y aun alguna general haciendo al monasterio árbitro y compromisario para resolver todas las cuestiones.

Su silencio está sin embargo justificado, pues aun el Código de Partidas solo tiene una ley alusiva al objeto, la 34, título XIV, Part. V, las demás son disposiciones aisladas sin plan y sin concierto.

Tal vez consista la falta de leyes sobre materia tan importante en haber creido el legislador, que siendo la transaccion un acomodamiento particular, debia abandonar á los interesados el encargo de señalar sus condiciones y sus efectos.

La índole de este compromiso está retratada en el siguiente párrafo del discurso 99 sobre el Código francés.

El objeto principal que la ley se propone dando á los ciudadanos reglas para sus respectivos intereses, es mantener entre ellos por un justo reconocimiento de sus derechos la paz y la armonía. Una vez que esta se altere, les concede tres medios para restablecerla: la vía judicial que somete sus debates á la autoridad pública; medio cierto, pero rigoroso, necesario únicamente como complemento de los demás: el compromiso ó arbitraje que les da jueces amigables á su eleccion, medio menos hostil que sustituye la balanza aproximativa de la equidad á la balanza exacta de la justicia, y las transacciones que convirtiéndolos en árbitros propios, resuelve sus diferencias por disposiciones adoptadas de comun acuerdo. Los dos primeros medios pertenecen al Código de procedimientos, el tercero como que es una rama de la numerosa familia de los contratos, pertenece al Código civil.

## § I.

## *Exámen legal de este contrato.*

### Artículo 1.°

*Qué se entiende por transaccion y cuáles son sus requisitos.*

Aunque el derecho imperial no dió una definicion técnica de la transaccion, describió los caractéres de este contrato, señaló sus requisitos esenciales: *Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit* (Ley 38, tít. IV, lib. II, Cód.).—*Qui transigit, quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit: qui vero pasciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit* (Ley 1.ª, tit. XV, lib. II, Dig.).

La define el Código francés; un contrato por el que las partes terminan una contestacion nacida, ó previenen otra próxima á nacer (Art. 2.044).

Y el Proyecto, convenio no gratuito sobre cosas dudosas que puede ser hecho antes ó despues de haberse movido pleito sobre ellas (Art. 1.713).

Es la transaccion realmente un contrato aunque de condiciones algo especiales, porque siempre recae sobre cosa dudosa, respecto de la cual los interesados ceden parte de su derecho para evitar un litigio, ó terminarlo si ha comenzado. Por lo cual, aunque se le dé este nombre no es tal transaccion la que ni decide ni tiene por objeto la cuestion que dé orígen á un pleito (S. 28 Junio 1866).

No es título enteramente gratuito; pues por ella cada interesado renuncia de buena fé, y con el deseo de la conciliacion la ventaja que le resultaria de un juicio favorable, y la pérdida que le ocasionaria otro adverso, sacrifica parte del interés que podria esperar para no esperimentar toda la pérdida que era de temer; y aun en el momento mismo que uno desiste enteramente de su pretension se determina á ello por el grande interés

de restablecer la union y de librarse de las dilaciones de los gastos y de las inquietudes de un pleito.

Como contrato necesita reunir las condiciones comunes á todos: capacidad de contratar, consentimiento de los contrayentes; objeto cierto sobre que recaiga y causa lícita de la obligacion.

### Artículo 2.°

*Qué personas pueden transigir.*

Siendo la transaccion una especie de enajenacion, no pueden transigir los que no pueden enajenar. Se hallan en este caso.

1.° Los locos, pródigos, infantes, y los impúberes y menores sin la autoridad del tutor y curador.

La transaccion escede los límites de la gestion del tutor; pero no debia impedírsele este medio que tan útil puede ser á un pupilo, de prevenir ó de ultimar sus pleitos, sino que de la misma manera que es válida la venta cuando está justificada, convenia que lo fuese una transaccion capaz de poner al abrigo sus intereses. En este sentido ha resuelto la cuestion la Ley de Enjuiciamiento civil. Para transigir sobre derechos de menores, exige su art. 1.411 la misma autorizacion que para la venta de sus bienes. Segun el art. 1.412, para la justificacion de la necesidad ó utilidad de la transaccion, debe oirse á lo menos la opinion de tres letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se pasarán préviamente los autos, á fin de que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento.

2.° Los procuradores en los negocios de sus principales á no tener poder especial.

Por la legislacion romana podia transigir el procurador, constituido generalmente para todos los bienes: *Nam et nocere constat: sive, ei mandavi, ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit* (Ley 12, tít. XIV, lib. II, Dig.).—*Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sus-*

*tinet, aut si in rem suam procurator sit* (Ley 17, § 3.°, tít. II, lib. XII, Dig.).

Lo mismo dispone la 19, tít. V, Part. III, *cuando al procurador se hubiese otorgado libre é llenero poder para facer cumplidamente en el pleito todas las cosas que el mismo dueño podria facer*.

A pesar de estas disposiciones, la regla es no transigir con procurador ó administrador que no tenga para ello poder especial; y el Proyecto así lo exige expresando que en él hayan de indicarse los derechos y bienes sobre que ha de recaer la transaccion (Art. 1.714).

3.° Los maridos y sus mujeres sobre los bienes ó derechos dotales sino en los casos y con las formalidades con que pueden enajenarlos ú obligarlos.

4.° Los ayuntamientos y demás corporaciones públicas no pueden transigir sobre los derechos y bienes que administran, sino bajo las solemnidades prescritas en las leyes y reglamentos especiales que les conciernan.

La ley 12, tít. IV, lib. II del Código, permitió á los administradores ó síndicos de las ciudades transigir; pero reserva al presidente de la provincia dejar sin efecto la transaccion, si fué hecha en daño de ella.

### Artículo 3.°

*Cosas sobre que se puede transigir.*

La transaccion tiene por objeto todos los bienes y derechos que pueden ser materia de contrato, con la única limitacion propia de su naturaleza, á saber: que recaiga sobre cosa dudosa. En la vida suele darse el nombre de transacciones á actos que no admiten duda, y aun á actos prohibidos para atribuirles su fuerza y su irrevocabilidad. En esto no caben reglas: la prudencia advertirá al juez, en cada caso, si el objeto del acto era ó no motivo de transaccion. Si recae sobre un pleito ya promovido es necesario que no esté terminado, porque la sentencia ejecutoria se tiene por verdad legal.

Toda convencion ha de recaer sobre cosas que estén en el

comercio: por eso los derechos de la naturaleza y de la sociedad no pueden ser materia de este contrato.

La transaccion sobre alimentos puede ser materia de dificultad. El derecho romano limitaba la prohibicion á los futuros dejados en testamento ú otra última voluntad, porque solian dejarse á personas disipadas, y se temia que transigiendo por cualquier cosa de presente, quedase burlada la piadosa intencion del testador; pero era válida cuando el alimentario hacia mejor su condicion: *Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico præsenti; Divus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum, transactio rata esset, quam si auctore Pratore facta.—Quid ergo, si quis citra Prætoris auctoritatem transigerit, ut, quod per singulos annos erat ei relictum, consequeretur per singulos menses?... Et puto eam transactionem valere: quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit; noluit enim oratio alimenta per transactionem intercepi* (Ley 8.ª al princ., y § 6.°, tít. XV, libro II, Dig.).

Nosotros no tenemos ley especial sobre esto, pero Goyena observa que nuestros autores adoptaron la romana y está recibida en la práctica. En su consecuencia, el art. 1.721 del Proyecto preceptúa que la transaccion sobre alimentos futuros no surtirá efecto, sino despues de ser aprobada judicialmente. Sin embargo, como aclaracion de este punto merece recordarse la sentencia de 12 de Noviembre de 1868, en la que despues de decidir, y en esto con evidente exactitud, que la ley 2.ª, título XIX, Part. IV, no prohibe transigir sobre alimentos futuros, pues se limita á determinar qué personas tienen obligacion de prestarlos, aquellas á quienes se deben y las cosas que por tal concepto han de suministrarles; añade, que no es principio de derecho admitido por la jurisprudencia, el de que sean esencialmente nulas las transacciones, compensaciones y renuncias de alimentos futuros debidos por la ley.

Sobre alimentos pasados es lícito transigir: *de alimentis præteritis transigi potest* (dicha ley), porque siendo para tiempo pasado dejan de ser alimentos.

Tampoco puede transigirse sobre lo mandado en testamento

si antes no se ha visto ó abierto para enterarse de su contenido. *Pleito nin composicion que ficiesen entre sí, aquellos que cuidasen aver alguna cosa en el testamento, non debe valer, ante que sea abierto* (Ley 1.ª, tít. II, Part. VI).

El delito tampoco es materia de transaccion. La legislacion romana distinguió entre delitos privados y crímenes públicos. Respecto á los primeros *quæ non ad publicam læsionem sed ad rem familiarem rescipiunt*, tales como el hurto y la injuria, habia completa libertad de transigir.

Cabia tambien transigir por los delitos públicos castigados con pena capital, cuyo facultad reconocia por fundamento que no se podia interdecir ó prohibir á nadie los medios de salvar la vida: solo se esceptuaba el adulterio: *ob lenocinii turpitudinem*

En cuanto á los crímenes públicos que no tenian señalada pena capital no era permitido transigir; pues no habiendo acusador público, los particulares estaban obligados á perseguirlos.

Se ve por estas indicaciones que no lograriamos aclarar aunque encarnásemos en la materia, que aquella legislacion en lo concerniente á la persecucion de los delitos y la facultad de transigir sobre ellos era defectuosa.

Imposible habria sido esperar mayor perfeccion de la ley de Partida, copia de la romana y equivocada como ella en la nocion que dió del delito.

Distinguida convenientemente por los Códigos modernos la responsabilidad civil de la crimiual, se ha establecido como regla que se puede transigir sobre la accion civil proveniente de un delito, pero no por eso se estinguirá la accion pública para la imposicion de un castigo. El perdon de la parte ofendida solo estingue la accion penal respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia ó consentimiento del agraviado.

No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, que se refieran al vínculo ó sobre cualquiera otra en que deba ser oido el ministerio público á no ser en los casos que permita la ley con intervencion del mismo.

Voet, citando á Vinio, sostiene que se puede transigir: *de libertatis, ingenuitatis aut familiæ jure: nihil enim vetat quominus transigentium intuitu, pro libero aut servo habeatur transactione inter solos transigentes, non vero aliorum intuitu operante* (Núm. 10, tít. XV, lib. II).

Pero las cuestiones matrimoniales y las que versan sobre el estado civil de las personas, son de órden y de derecho público, inaccesibles bajo este aspecto á la voluntad de los particulares: *contienda ó pleito que nasciere sobre casamiento de algunos non se podria meter en mano de avenidores.* Ley 24, tít. IV, Partida III. No pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni las en que deba intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes (Art. 772, ley del E. C.).

Sobre beneficios eclesiásticos tampoco se puede transigir por estar prohibido todo pacto en esta materia.

### Artículo 4.°

### *Efectos de la transaccion.*

El efecto inmediato de la transaccion consiste en terminar la cuestion pendiente, impedir que se promueva, comprometiéndose las partes á estar y pasar por su decision. La transaccion tiene por objeto componer diferencias y pleitos presentes y venideros. Es, pues, en cierto modo una sentencia pronunciada por las mismas partes, y cuando ellas se han hecho justicia, no deben ser admitidas á quejarse de sí mismas. Esta firmeza é irrevocabilidad es lo que coloca á las transacciones entre los contratos mas útiles á la paz de las familias y á la sociedad entera. *Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit: si quidem, nihil ita fidei congruit humanæ quam ea quæ placuerunt, custodiri* (Ley 20, Cód. de *Trans.*). *La avenencia é el pleito así fecho, debe ser guardado, tambien por la una parte, como por la otra: é cuanto quier que montase la parte que quitase el demandador, non la podria despues demandar* (Ley 34, tít. XIV, Part. V).

Toda transaccion libre y espontáneamente concertada es obligatoria y debe observarse como cualquier otro contrato

(S. 6 Octubre 1857); hasta tal punto que tiene entre las partes que la han celebrado la misma fuerza que la cosa juzgada; y es válida y surte todos sus efectos legales mientras no se pruebe que ha intervenido dolo, falsedad, mala fé, ó se reclame directamente su nulidad (S. 30 Abril 1864 y 12 Noviembre 1868).

Celebrada una transaccion y mas si se consigna en escritura pública, no puede irse contra lo en ella pactado á no ser que se pruebe con arreglo á la ley 34, tít. XIV, Part. V, que una de las partes hizo perder las cartas ó documentos de que la otra podria valerse para sostener su derecho, ó le embargó los testigos con que pudiera probarlo, por cuya razon convino en transigir el asunto (S. 16 y 30 Junio 1866). Si pues la transaccion se realiza, y se termina por ella una duda ó diferencia, todas las cuestiones que despues se promuevan, deben resolverse con arreglo á lo pactado, á no ser que se haga prueba contra su validez (S. 24 Enero 1861 y 7 Noviembre 1864).

La transaccion termina las cuestiones pendientes: mas como las partes pueden haber guardado silencio sobre los objetos que comprende, ó haber empleado renuncias y espresiones genéricas, el Proyecto de Código declara que la transaccion no comprende sino los objetos espresados general ó específicamente en ella, ó que por una induccion necesaria de sus palabras deba reputarse comprendida. La renuncia general de derechos, no se estiende á otros que á los que tienen relacion con el objeto de la disputa, art. 1.725: *Transactio, quæcumque sit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur* (Ley 9.ª, § I, título XV, lib. II, Dig.).

No importa que la transaccion haya sido general, porque el pacto general no se puede aplicar á lo ignorado: *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur*. La 9.ª pone el siguiente ejemplo: *Ei, qui nondum certus, ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de alis causis cum adversariis pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur.*

Siempre que se suscite duda sobre la estension, efectos y consecuencia de una transaccion, debe tenerse presente que es-

ta como contrato *stricti juris* no admite mas inteligencia que la genuina y literal (S. 16 Diciembre 1859).

La transaccion no produce efecto sino entre las personas que la celebran.

*Inter alios res gestas aliis non posse prœjudicium facere sæpe constitutum est:* de este principio establecido por epígrafe en el tít. LX, lib. VII del Código, deduce la ley 1.ª en forma de comentario el siguiente: *Transactio cum uno facta, alteri non prœjudicat.* La segunda añade: *inter alios factam transactionem absenti non posse facere prœjudicium notissimi juris est*, etc. *El juicio dado contra alguno non empezca á otro* (Ley 20, tít. XXII, Part. III.) (S. 12 Febrero 1859).

Omitimos nuevas comprobaciones, porque la regla es comun á todos los contratos.

La transaccion hecha por un tercero no puede aprovechar para el efecto de interrumpir una prescripcion, porque los actos ejecutados por un tercero, ni favorecen ni perjudican (S. 27 Junio 1866).

Cuando haya fiador en las obligaciones sobre que se transige, la transaccion hecha por el acreedor no surte efecto para con el deudor principal; ni la hecha por este le surte para con el fiador, si este no consiente.

Los Códigos modernos copian esta declaracion, la cual, como dice uno de sus autores, está basada en los principios generales de derecho.

Si el que transige adquiere despues un derecho semejante de otra persona, no queda obligado por la transaccion precedente en cuanto al derecho nuevamente adquirido. Habrá la misma razon para transigir; pero no un vínculo jurídico, un compromiso anterior que oponer respecto al nuevo derecho. La ley 9.ª del Digesto presenta un ejemplo en el caso del menor, que ha transigido con su tutor sobre la parte que le correspondia en la sucesion de su padre, y que luego viene á ser heredero en la otra parte de su hermano: *Qui cum tutoribus suis de sola portione administratæ tutelæ suæ egerat, et transegerat, adversus eosdem tutores ex persona fratris sui, cui hæres extiterat, agens, præscriptione factæ transactionis non summovetur.*

### Artículo 5.°

*Causas por las que se rescinde la transaccion.*

La transaccion se rescinde mediando error sustancial, dolo, ó violencia, ú otra de las causas que anulan, ó porque se revocan otros contratos.

Falta el consentimiento cuando ha sido sorprendido por dolo, ó arrancado por violencia: *Interpositas metus causa transactiones, ratas non haberi edicto perpetuo continetur* (Ley 13, Cód. de *Transac.*).

El error en la persona se verificaria transigiendo con una persona, á la que se creyera revestida del carácter ó de las cualidades necesarias para suscitar pretensiones sobre el derecho dudoso, cuando realmente le faltaban, y el derecho le era enteramente estraño. En la transaccion entra por mucho, y aun como parte principal, la consideracion á la persona: el que transige con uno probablemente no transigirá con otro.

El error de cálculo que intervenga en una transaccion debe ser reparado. Semejante error es siempre reparable, y no puede ser cubierto sino por un juicio en última instancia ó una transaccion sobre el mismo error: *Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre præjudicium, sæpe constitutum est: unde rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse, si res judicatæ non sunt, vel transactio non intervenit, explorati juris est* (Ley única, Cód. de *Error. cal.*).

Tambien se revoca por haberse otorgado en vista y con apoyo de falsos instrumentos: *Si ex falsis instrumentis transacciones vel pactiones initæ fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit, eas retractari præcipimus* (Ley 42, Cód. de *Trans.*). La citada ley 34 de Partida, despues de declarar válida la transaccion, en cuya virtud remite el acreedor parte de la deuda, añade: *fueras si el demandador pudiese probar que el demandado le fizo engaño, en facerle perder las cartas, ó embargarle los testigos con que pudiere probar su demanda.*

Si la transaccion comprende varias causas ó capítulos, y solo una de ellas se apoya en instrumentos falsos, esta será la que

permanezca sin efecto: *Aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur* (Dicha ley 42). Mas si apareciese que no se hubiese transigido lo uno sin lo otro, la transaccion debe declararse nula; esta cuestion, como de puro hecho, está sujeta al prudente arbitrio del juez.

El descubrimiento de nuevos documentos no da motivo para anular ó rescindir la transaccion si no ha habido mala fé: *Sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi jura non patiuntur* (Ley 19, Cód., id.).

La transaccion tiene la autoridad de cosa juzgada, y segun es sabido, esta no se revoca por instrumentos nuevamente hallados, *maguer mostrasen despues cartas, ó privilegios que oviesen fallado de nuevo* (Ley 19, tít. XXII, Part. III).

Si hubo mala fé, se incide en el caso de dolo, y de consiguiente la transaccion es nula: *quia non tam paciscitur quam decipitur* (Ley 9.ª, Dig.). *Si per se, vel per alium, subtractis instrumentis, quibus veritas argui poterat: actionem de dolo malo potes exercere* (Ley 19, Cód. *de Trans.*). Fueras *si el demandador pudiere probar que el demandado le fizo engaño en facerle perder las cartas* (Ley 34, tít. XIV, Part. V).

La transaccion sobre un pleito que estuviere decidido por sentencia ejecutoriada é irrevocable, se rescindirá en el caso de que las partes ó una de ellas, ignorasen esta circunstancia: *Si post rem judicatam quis transigit et solvit, repetere poterit: idcirco quia placuit transactionem nullius esse momenti* (Ley 23, § 1.º, tít. VI, lib. XII, Dig.).

Toda transaccion ha de recaer sobre un hecho ó un litigio: y como no hay aquí duda ni litigio, el error la vicia porque recae sobre el objeto mismo de la transaccion. Sí una sola parte lo ignorase habria una segunda causa de rescision, la que proviene del dolo de la parte que sabia que habia sido irrevocablemente condenada.

Cuando el pleito no hubiera sido fallado irrevocablemente, ó sea cuando pudiera utilizarse algun recurso, la transaccion no se invalidaria. Puédese en verdad presumir que la parte que obtuvo sentencia favorable, habria sacado ventaja de esta cir-

constancia si la hubiese sabido; pero como la duda permanece en pié, porque la sentencia es revocable, subsiste la base de la transaccion, sin que pueda aniquilarse por una sospecha mas ó menos fundada.

No se revoca la transaccion por error de derecho, pues en los juicios á los que se asemejan las transacciones semejante escepcion no tiene la menor fuerza.

Si la transaccion puede rescindirse por lesion ha sido cuestion debatida por los intérpretes: en pro de la afirmativa se alegan las siguientes razones: 1.ª Que todos los contratos bilaterales, la transaccion uno de ellos, están sujetos á rescision por esta causa: 2.ª El principio de derecho de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro: 3.ª Que de otro modo se falta á la igualdad, ley de todos los contratos que, como el citado, tienen por fundamento la recíproca utilidad de los contrayentes. Los partidarios de la solucion contraria oponen: 1.° Que no procede este recurso, porque versando la transaccion sobre cosas dudosas, es inapreciable la estimacion del daño ó de la lesion: 2.° Que admitida la rescision en las transacciones, cuando se han introducido precisamente para evitar ó terminar los pleitos, se frustraria en el mayor número de los casos el saludable propósito de la ley: 3.° Que imponiendo toda transaccion un sacrificio, aunque sacrificio consentido, buscado como medio de evitar otros, seria contraproducentem la rescision fundada en un daño mas ó menos considerable; y 4.° Que si, como es opinion comun, surte el efecto de autoridad de cosa juzgada, no cabe rescindirla, porque tampoco esta se rescinde por causa de lesion.

Con ocasion de esta duda indica el Sr. Zúñiga que el derecho ha admitido la posibilidad de la lesion en ciertas transacciones y avenencias, citando, por ejemplo, el art. 11 de la ley de 9 de Junio de 1835, que previene que si el comprador de bienes vinculados hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta sobre el reintegro del capital, tenga derecho á exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en

mas de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido y de que no estuviese reintegrado al tiempo de tener cumplimiento la avenencia. Pero á nosotros nos parece que esta disposicion, confirmada por sentencia de 1.° de Diciembre de 1854, por la especialidad del caso que la motivaba, no forma regla: prueba de ello que el mismo autor advierte que en otro fallo de 12 de Junio de 1862, el Tribunal Supremo da por autorizada la doctrina aunque sin razonarla, de que la accion de lesion no cabe en la transaccion ó avenencia.

## § II.

### *Compromiso.*

Los Códigos españoles no se ocupan en la parte civil de los compromisos: la Partida III, donde se desarrolla latamente la materia, es una Ley de Enjuiciamiento, y en cuanto á la Novísima Recopilacion una sola vez que hace mérito de ellos es en la ley 4.ª, tít. XVII, lib. XI, dedicado á los juicios civiles y ordinarios.

Por esta razon, ya que no suprimamos esta doctrina, pues los compromisos á parte su ritualidad, son verdaderos contratos, nos concretaremos á decir dos palabras sobre la capacidad para *comprometer* y las cosas que pueden ser materia de compromiso.

Se entiende por compromiso el contrato por el cual los que tienen una cuestion pendiente convienen en someterla al arbitrio de una ó varias personas, obligándose á pasar por su decision.

El Proyecto de Código declara que las mismas personas que pueden transigir pueden tambien comprometer en un tercero la decision de sus disputas: declaracion que está conforme con lo dispuesto por el derecho romano y pátrio: *compromittere possunt qui liberam habent rerum administrationem: compromittere possunt, qui possunt transigere* (Ley 27, § 5.°, tít. VIII, lib. IV, Dig. 25, tít. IV, Part. III).

Objeto de compromiso es toda contestacion entre partes,

antes ó despues de deducida en juicio y cualquiera que sea su estado. Pero se esceptúan de esta regla general todas las cuestiones relativas al estado civil de las personas y aquellas en que debe intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes. Se esceptúan asímismo las causas matrimoniales y por decirlo de una vez todas las demás que, segun hemos visto, no pueden ser objeto de transaccion.

FIN DEL TOMO CUARTO.

# INDICE

## DEL TOMO CUARTO.

# ERRATAS.

| *Página.* | *Línea.* | *Dice.* | *Léase.* |
|---|---|---|---|
| 33 | 2 | contratantes | contratos |
| 36 | final | *meptio* | *emptio* |
| 100 | 10 | *de pagar* | *de que pagar* |
| 167 | final | Real Cédula | Recurso Casacion |
| 290 | 3 | 10 Noviembre | S. 10 Noviembre |
| 398 | 12 | urbano | rústico |
| 406 | 29 | comendador | comentador |





